

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.

VS

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

Bogotá D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

Surtidas todas las actuaciones procesales para la instrucción del trámite y en la fecha señalada para la Audiencia de Laudo, el Tribunal Arbitral profiere el Laudo conclusivo del proceso, previos los siguientes antecedentes y preliminares:

I. ANTECEDENTES

1 Partes

1.1 Parte Convocante

Está conformada por la sociedad Concesión Vial Los Llanos S.A.S., sociedad comercial, del tipo de sociedades por acciones simplificadas, constituida por acta del 24 de abril de 2015, inscrita en la Cámara de Comercio de Villavicencio, a la cual corresponde el NIT 900.843.297-2 y la matrícula mercantil número 278299, con domicilio en Villavicencio, representada por Oscar Alberto Robayo Villamil, en su calidad de representante legal, sociedad que compareció al proceso por su conducto y de su apoderada judicial.¹ En lo sucesivo, este laudo se referirá a dicha parte por su razón social o como la Convocante, la Demandante, la Concesionaria o la Demandada en Reconvención.

1.2 Parte Convocada

Es la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, agencia nacional estatal de naturaleza especial del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita al Ministerio de Transporte según lo dispone el Decreto 4165 de 2011, quien estuvo representada legalmente en este proceso por Luis Fernando Andrade Moreno y por Alejandro Gutiérrez Ramírez, o quien hoy haga de sus veces, y por apoderados judiciales constituidos en debida forma². En lo sucesivo, este laudo se referirá a dicha parte por su denominación, o como la Convocada, la Demandada, la Agencia o la Demandante en Reconvención.

¹ Cuaderno Principal número 1, folios 111 a 124.

² Cuaderno Principal número 1, folios 170 a 183.

2 Pacto Arbitral

En el Contrato de Concesión No. 004 del cinco (5) de mayo de dos mil quince (2015)³ (en adelante el Contrato) celebrado entre las partes y, particularmente, en el Capítulo XV sobre “SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS”, en el aparte 15.2. las partes incluyeron su pacto arbitral, que es del siguiente tenor:

“15.2 Arbitraje Nacional.

- (a) Las controversias que surjan entre las Partes con ocasión del presente Contrato, que no sean de conocimiento del panel de Amigables Compondores, serán resueltas por un Tribunal de Arbitramento Nacional de conformidad con la ley 1563 de 2012, en armonía con las normas de procedimiento aplicables a la controversia y el artículo 14 de la Ley 1682 de 2013, o en las normas que los modifiquen, complementen o sustituyan y las reglas que a continuación se establecen.*
- (b) También podrán ser del conocimiento del Tribunal de Arbitramento las decisiones definitivas adoptadas por el panel de Amigables Compondores de conformidad con lo establecido en la Sección 15.1 de esta Parte General.*
- (c) Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la suscripción del Contrato de Concesión, el Concesionario deberá informar a la ANI el centro de arbitraje y conciliación que realizará las funciones delegadas por las Partes respecto de sorteos y recusaciones de los Árbitros designados y que servirá de sede del Tribunal de Arbitramento. Si vencido este plazo, el concesionario no ha notificado la designación, la ANI realizará dicha elección. El Centro escogido -por el concesionario o por la ANI, según corresponda – deberá corresponder a uno de los siguientes: i) El Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, o ii) el Centro de Arbitraje, conciliación y amigable composición del Sector de Infraestructura y Transporte.*
- (d) El Tribunal estará compuesto por tres (3) árbitros, los cuales serán designados de común acuerdo por las Partes. Para ello, las Partes elaborarán listas de candidatos con idoneidad en el objeto y las características del Contrato. En caso de no llegarse a un acuerdo, el Centro de Arbitraje escogido conforme a la Sección 15.2(c) anterior, designará los árbitros por sorteo, de acuerdo a su reglamento.*
- (e) Los árbitros decidirán en derecho.*
- (f) Los honorarios de los árbitros se limitarán según el valor de las pretensiones, conforme se establece en la tabla incluida a continuación y en todo caso no*

³ Folios 35 a 392 del Cuaderno de Pruebas número 2.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

superarán un máximo de QUINIENTOS SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (500SMMLV) por cada árbitro.

	Rango Inferior		Rango Superior	Tarifa
<i>Hasta</i>			\$6.160.000,00	40,00 SMMVL
<i>De</i>	\$6.160.001,00	A	\$108.416.000,00	13,00%
<i>De</i>	\$108.416.001,00	A	\$325.864.000,00	9,00%
<i>De</i>	\$325.864.001,00	A	\$543.312.001,00	8,00%
<i>De</i>	\$543.312.001,00	A	\$1.086.624.000,00	7,00%
Mas de			\$1.086.624.000,00	500 SMMVL

- (g) *El inicio del procedimiento arbitral no inhibirá el ejercicio de las facultades ajenas al derecho común de que disponga la ANI conforme al Contrato y la Ley Aplicable. Los actos administrativos fruto del ejercicio de facultades excepcionales no podrán ser sometidos a arbitramentos por ser competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa.*
- (h) *Los árbitros harán una declaración de independencia e imparcialidad respecto de las Partes al momento de aceptar la designación, situación que deberá mantenerse de su parte en todo momento del proceso. En todo caso, ningún árbitro podrá ser empleado, socio o contratista del Concesionario, de los socios del Concesionario, de la ANI, del Ministerio de Transporte o sus entidades descentralizadas o adscritas, del interventor o de los apoderados de las Partes. Tampoco podrán ser accionistas del Interventor o del Concesionario o de cualquiera de las empresas que sean socias de éstos, ni podrán tener parentesco hasta de cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil con los empleados de nivel directivo de la ANI, del Concesionario, del Interventor, de los accionistas del Concesionario, de los accionistas del Interventor o de los apoderados de las Partes. Igualmente, no podrá ser árbitro quien al momento de la designación sea coárbitro en algún proceso en que alguno de los apoderados de la Partes sea a su vez coárbitro.*
- (i) *El término del proceso arbitral, así como las suspensiones del término del proceso arbitral se regirán por lo establecido en los artículos 10 y 11 de la Ley 1563 de 2012 o las normas que los modifiquen, complementen o sustituyan. En todo caso, las Partes, de común acuerdo, y previo a la audiencia de instalación del Tribunal de Arbitramento, podrán concederle un término mayor al señalado en la Ley, para lo cual bastará la suscripción de un memorial conjunto de las Partes o de sus apoderados que así lo informe a los árbitros designados, el cual hará parte del presente pacto arbitral solo para efectos del proceso arbitral en que se realice dicha manifestación.*
- (j) *Las Partes acuerdan que en el evento en que se convoque el Tribunal de Arbitramento, los efectos de la cláusula compromisoria serán extensivos a aquellas empresas, sociedades o personas naturales que hayan presentado*

conjuntamente la oferta, en la medida que dichos sujetos expresaron su consentimiento al momento de la presentación de la oferta.

El inicio del trámite arbitral no faculta a las Partes para suspender unilateralmente la ejecución de las obligaciones del Contrato.”⁴

3 Trámite Arbitral

- 3.1. El primero (1º) de diciembre de dos mil dieciséis (2016) Concesión Vial de los Llanos S.A.S. formuló ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá demanda arbitral⁵ en contra la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, para reclamar las pretensiones en ella contenidas, que obran a folios 12 a 23 del Cuaderno Principal número 1.
- 3.2. Los árbitros del presente trámite fueron escogidos de mutuo acuerdo por las partes como aparece en el acta de designación de árbitros de fecha catorce (14) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)⁶; en consecuencia, el Tribunal fue debidamente integrado dando cumplimiento a las reglas previstas en la Ley y el Pacto Arbitral.
- 3.3. La instalación del Tribunal tuvo lugar en audiencia realizada el ocho (8) de febrero de dos mil diecisiete (2017) (Acta número 1)⁷, en la cual se designó al Presidente y a la Secretaria, se reconoció personería a los apoderados de las partes, entre otras decisiones de impulso procesal y, mediante auto número 2 se inadmitió la demanda presentada por la parte convocante disponiendo su correspondiente subsanación.
- 3.4. Dicha demanda fue subsanada atendiendo la orden impartida por el Tribunal y se presentó en un texto integrado⁸. En consideración a que los defectos señalados por el Tribunal fueron corregidos, la demanda se admitió mediante auto número 3 del tres (3) de marzo de dos mil diecisiete (2017)⁹ y de la misma se corrió traslado a la demandada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.
- 3.5. Del auto admisorio de la demanda fueron notificados personalmente la entidad demandada, el Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en la forma prevista en el artículo 612 del Código General del Proceso¹⁰.
- 3.6. El treinta (30) de mayo de dos mil diecisiete (2017) se recibió escrito¹¹ mediante el cual la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI contestó la demanda arbitral, propuso excepciones de mérito y presentó oposición al juramento estimatorio. Para los demás intervinientes en el proceso, el término de traslado de la demanda venció en silencio.

⁴ Folios 130 a 131 del Cuaderno de Pruebas número 1.

⁵ Folios 1 a 110 del Cuaderno Principal número 1.

⁶ Folio 168 del Cuaderno Principal número 1.

⁷ Folios 304 a 308 del Cuaderno Principal número 1.

⁸ Folios 318 a 431 del Cuaderno Principal número 1 y 1 a 116 del Cuaderno Principal número 2.

⁹ Acta número 2, folios 118 a 120 del Cuaderno Principal número 2.

¹⁰ Folios 121 a 129 del Cuaderno Principal número 2.

¹¹ Folios 184 a 239 del Cuaderno Principal número 2.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

- 3.7. Se corrió traslado de las excepciones de mérito y de la oposición a la estimación jurada de las pretensiones de la demanda a la sociedad demandante, por fijación en lista¹², y esta, en oportunidad, descorrió el citado traslado pronunciándose¹³ sobre las defensas esgrimidas por su contraparte y sobre la objeción del juramento estimatorio, sin solicitar nuevas pruebas.
- 3.8. Surtido lo anterior, la audiencia de conciliación prevista en la Ley fue citada en varias oportunidades¹⁴, sin que se llevara a cabo por solicitudes de aplazamiento de las partes, hasta el veintidós (22) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), fecha en la cual, antes de dar inicio a la misma la parte demandante presentó reforma de la demanda arbitral¹⁵. En dicha oportunidad no se realizó audiencia de conciliación y mediante auto número 13¹⁶ se admitió la reforma de la demanda y se corrió traslado.
- 3.9. El once (11) de octubre de dos mil diecisiete (2017), en término, se recibieron tres escritos de la parte demandada principal: uno que contiene la contestación de la demanda reformada con excepciones de mérito y objeción al juramento estimatorio¹⁷; otro con una demanda de reconvención en contra de Concesión Vial de Los Llanos S.A.S.¹⁸, y el último escrito denominado por esa parte como “Solicitud Probatoria”¹⁹.
- 3.10. Mediante auto número 14 del veinte (20) de octubre de dos mil diecisiete (2017) se admitió la demanda de reconvención y se corrió traslado de la misma a la convocante - demandada en reconvención²⁰.
- 3.11. El veintiuno (21) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), dentro del término de traslado, Concesión Vial de Los Llanos S.A.S. contestó la demanda de reconvención con formulación de excepciones de mérito²¹.
- 3.12. El veinticuatro (24) de noviembre de dos mil diecisiete (2017) se fijaron en lista²², para su correspondiente traslado, las excepciones perentorias y la objeción del juramento estimatorio formuladas por la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI en su escrito de contestación de la reforma de la demanda principal, así como las excepciones de mérito que fueron formuladas por Concesión Vial de Los Llanos S.A.S. respecto de las pretensiones de la demanda de reconvención de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI.
- 3.13. El primero (1º) de diciembre de dos mil diecisiete (2017), en término, se recibieron escritos de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI y de Concesión Vial de Los

¹² Folio 240 del Cuaderno Principal número 2.

¹³ Folio 242 a 277 del Cuaderno Principal número 2.

¹⁴ Actas números 5, 6 y 7 del trámite, folios 278 a 279 del Cuaderno Principal número 2 y 119 a 122 y 163 a 169 del Cuaderno Principal número 3.

¹⁵ Folios 171 a 340 del Cuaderno Principal número 3.

¹⁶ Acta número 8, folios 341 a 343 del Cuaderno Principal número 3.

¹⁷ Folios 345 a 419 del Cuaderno Principal número 3.

¹⁸ Folios 420 a 448 del Cuaderno Principal número 3.

¹⁹ Folios 449 a 450 del Cuaderno Principal número 3.

²⁰ Acta número 9, folios 451 a 452 del Cuaderno Principal número 3.

²¹ Folios 454 a 538 del Cuaderno Principal número 3.

²² Folio 539 del Cuaderno Principal número 3.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

- Llanos S.A.S.²³, mediante los cuales recorrieron el traslado de las excepciones de mérito.
- 3.14. Agotado el trámite anterior, nuevamente se citó a las partes a audiencia de conciliación²⁴, pero antes de dar inicio a la misma, la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI presentó un escrito mediante el cual reformó su demanda de reconvención²⁵, reforma que fue admitida mediante auto número 17 del quince (15) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)²⁶ con el cual, además, se ordenó correr traslado de la citada reforma.
- 3.15. En término, Concesión Vial de Los Llanos S.A.S presentó contestación a la reforma de la demanda de reconvención²⁷, inicialmente por correo electrónico y luego en la sede del Tribunal. En dicha contestación se propusieron excepciones perentorias y objeción del juramento estimatorio.
- 3.16. Una vez que se fijaron en lista para su traslado²⁸ las excepciones de mérito y la objeción al juramento estimatorio propuestas por Concesión Vial de Los Llanos S.A.S. frente a las pretensiones de la reforma de la demanda de reconvención, la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI se pronunció en término²⁹ y solicitó nuevas pruebas.
- 3.17. Se citó³⁰ y agotó la audiencia de conciliación³¹, sin que las partes hubieran llegado a acuerdo alguno, y se adoptaron las disposiciones necesarias para continuar con el proceso, como lo son la fijación de honorarios y gastos que fueron pagados por ambas partes como se señaló en el Acta número 15 de este Tribunal³².
- 3.18. El siete (7) de marzo de dos mil dieciocho (2018), en la primera audiencia de trámite - Acta número 15-³³, por Auto número 26, el Tribunal se declaró competente para conocer y decidir en derecho las controversias surgidas entre Concesión Vial de Los Llanos S.A.S., como parte convocante principal y convocada en reconvención, y la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, como parte convocada principal y convocante en reconvención. En dicha audiencia se presentó el apoderado de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, quien renunció al término previsto en el artículo 611 del Código General del Proceso para la intervención de la entidad en el trámite y señaló que actuaría en las oportunidades procesales correspondientes que se siguieran en el curso del proceso.
- 3.19. En dicha audiencia y luego de que cobrara ejecutoria la providencia de asunción de competencia, por Auto número 28, el Tribunal decretó, de las pruebas solicitadas por ambas partes, las siguientes:

²³ Folios 540 a 597 del Cuaderno Principal número 3.

²⁴ Acta número 10, folios 598 a 599 del Cuaderno Principal número 3.

²⁵ Folios 601 a 643 del Cuaderno Principal número 3.

²⁶ Acta número 11, folios 644 a 646 del Cuaderno Principal número 3.

²⁷ Folios 19 a 126 y 127 a 231 del Cuaderno Principal número 4.

²⁸ Folio 232 del Cuaderno Principal número 4.

²⁹ Folios 234 a 238 del Cuaderno Principal número 4.

³⁰ Acta número 13, Auto número 21, folios 239 a 241 del Cuaderno Principal número 4.

³¹ Acta número 14, folios 246 a 251 del Cuaderno Principal número 4.

³² Folios 275 a 294 del Cuaderno Principal número 4.

³³ Folios 275 a 294 del Cuaderno Principal número 4.

- 3.19.1. Los documentos aportados por las partes con sus respectivos escritos³⁴, y los incorporados en respuesta al oficio librado a la misma Agencia Nacional de Infraestructura – ANI por petición de Concesión Vial de Los Llanos S.A.S.³⁵
- 3.19.2. Los dictámenes de parte elaborados por Julio Villarreal Navarro, el primero, sobre las variables macroeconómicas que han impactado de forma negativa a la concesión, los efectos de las variaciones para el modelo financiero de la estructuración, las incidencias en la financiación del proyecto y las alternativas existentes desde la perspectiva económica y financiera³⁶, y, el segundo, sobre los efectos económicos de la incertidumbre del esquema tarifario pactado en el Contrato de Concesión No. 004 de 2015, así como la inviabilidad del proyecto en la relación tráfico - recaudo de tarifas de peaje por las circunstancias actuales de ejecución³⁷. También el dictamen elaborado por Alberto Carrasquilla Barrera con el que se pretende acreditar el carácter estructural de las afectaciones de las variables macroeconómicas que hacen inviable la ejecución del proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 004 de 2015, y que fue aportado por Concesión Vial de Los Llanos S.A.S.³⁸ Igualmente, la experticia de parte aportada por la Convocada elaborada por EConcept AEI S.A.S. para controvertir las pruebas periciales elaboradas a instancia de la parte demandante por Julio Villarreal Navarro y por Alberto Carrasquilla Barrera³⁹.
- 3.19.3. Un dictamen de parte a ser practicado en el curso del proceso, por petición de Concesión Vial de Los Llanos S.A.S., a cargo de un profesional en economía, finanzas, o profesión afín, con experiencia en proyectos de concesión e infraestructura, y con especialidad o conocimientos financieros, para que se sirva resolver las preguntas que se formularán en la oportunidad procesal correspondiente, relacionadas con la existencia de las variaciones macroeconómicas que generan la inviabilidad financiera del proyecto que impide su desarrollo en los términos inicialmente previstos por las partes al celebrar el Contrato de Concesión No. 004 de 2015, así como la acreditación de las inversiones realizadas por el Concesionario y los perjuicios generados por causas no imputables al mismo.
- 3.19.4. Los testimonios de Luis Fernando Andrade Moreno; Luis Eduardo Gutiérrez Díaz; Priscila Sánchez Sanabria; Jackeline Torres Ángel; Marta Castellanos Vela; Cecilia del Socorro Muñoz; Andrés Figueredo Serpa; Myron Vergel; Ángela María Cabieles Caro; Gustavo Andrés Ordoñez Salazar; Margarita Cecilia Meyer Arévalo; Javier Alfonso Herrera Martínez; Juan Carlos Ramírez Isaza, Zulma Liliana Moreno Torres; Daniel Lalinde Ordoñez; Juan Esteban Osorio Hidalgo; Francisco Bernal; Elizabeth Guzmán Mosquera y Luz Elena Paternina Mora, a petición de Concesión Vial de Los Llanos S.A.S., y por solicitud de la ANI, los de Luis Eduardo Gutiérrez; Priscila

³⁴ Cuadernos de Pruebas número 1, 2, 3, 4 y 5, hasta el folio 655.

³⁵ Oficio #002-2018, folios 658 a 659 del Cuaderno de Pruebas número 5.

³⁶ Folios 255 a 342 del Cuaderno de Pruebas número 2.

³⁷ Folios 271 a 288 del Cuaderno de Pruebas número 4.

³⁸ Folios 289 a 304 del Cuaderno de Pruebas número 4.

³⁹ Folios 1 a 115 del Cuaderno de Pruebas número 6.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

Sánchez Sanabria, Poldy Osorio Álvarez; Jackeline Torres Ángel; Martha Castellanos Vela; Beatriz Lopera González; Cecilia Muñoz Salamanca; Mayron Vergel; Ángela María Cabeles Caro; Camilo Andrés Jaramillo Berrocal y Sara Casado.

- 3.19.5. Informe a cargo de Agencia Nacional de Infraestructura – ANI.
- 3.19.6. El interrogatorio de parte del Representante Legal de Concesión Vial de Los Llanos S.A.S.
- 3.19.7. Adicionalmente, el Tribunal, de oficio, decretó oficiar por secretaría al Ministerio de Transporte para que allegara al expediente copia del estudio de estructuración realizado por el originador del proyecto al que se refiere la parte considerativa de su Resolución número 001130 del 28 de abril de 2015⁴⁰.
- 3.20. En el curso de doce (12) audiencias,⁴¹ se practicaron las pruebas antes señaladas, salvo la prueba por informe⁴², algunos de los testimonios⁴³, el interrogatorio de parte del representante legal de Concesión Vial de Los Llanos S.A.S.⁴⁴, el interrogatorio de uno de los peritos de parte, Alberto Carrasquilla Barrera⁴⁵, por cuanto sus respectivas solicitudes fueron desistidas por la parte interesada. Como perito para el dictamen pericial a ser practicado se designó a Valora Consultoría S.A.S.⁴⁶, quien presentó su experticia⁴⁷, que fue objeto de solicitudes de aclaración por ambas partes, admitidas por el Tribunal⁴⁸, las cuales fueron atendidas⁴⁹ y de las cuales se surtió el correspondiente traslado⁵⁰. Asimismo, el Tribunal decretó como prueba de oficio, el testimonio de Francisco Bernal Amezcuita⁵¹. Igualmente se surtieron diligencias de interrogatorio de los peritos Julio Ernesto Villarreal Navarro; de Juan Carlos Echeverry Garzón, Andrés Escobar Arango y Mauricio Santamaría Salamanca, como autores de la experticia de EConcept AEI S.A.S., y del perito Valora Consultoría S.A.S., por conducto de su representante legal⁵². Se recibieron las respuestas de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI y del Ministerio de Transporte a los oficios remitidos por el Tribunal⁵³, y también documentos aportados

⁴⁰ Oficio #003-2018, folio 660 del Cuaderno de Pruebas número 5 y Oficio #005-2018, folio 193 del Cuaderno de Pruebas número 6.

⁴¹ Actas números 16, 17, 18, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27 y 28 obrantes en los Cuadernos Principales números 4 y 5.

⁴² Auto número 33, Acta número 16, folios 318 a 322 del Cuaderno de Principal número 4.

⁴³ Auto número 34, Acta número 17, folios 340 a 346 del Cuaderno Principal número 4 y Auto número 35, Acta número 18, folios 347 a 350 del Cuaderno Principal número 4.

⁴⁴ Auto número 38, Acta número 22, folios 399 a 402 del Cuaderno Principal número 4.

⁴⁵ Auto número 50, Acta número 29, folios 484 a 488 del Cuaderno Principal número 4.

⁴⁶ Auto número 30, Acta número 15, folios 275 a 294 del Cuaderno Principal número 4.

⁴⁷ Folios 252 a 384 del Cuaderno de Pruebas número 6.

⁴⁸ Auto número 43, Acta número 24, folios 434 a 437 del Cuaderno Principal número 4.

⁴⁹ Folios 391 al 447 del Cuaderno de Pruebas número 6.

⁵⁰ Auto número 44, Acta número 25, folios 442 a 444 del Cuaderno Principal número 4.

⁵¹ Auto número 38, Acta número 22, folios 399 a 402 del Cuaderno Principal número 4.

⁵² Acta número 28, folios 470 a 475 del Cuaderno Principal número 4.

⁵³ Folios 116 a 181; 186 a 190 (A, B, C y D) y 204 a 205 del Cuaderno de Pruebas número 6.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

- por los testigos Gustavo Ordoñez Salazar⁵⁴ y por el perito Julio Ernesto Villarreal Navarro⁵⁵.
- 3.21. Terminada la etapa probatoria, como quedó constancia en el Acta 29 del expediente⁵⁶, se fijó fecha para recibir los alegatos de los apoderados de las partes y de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y para la presentación del concepto del Agente del Ministerio Público⁵⁷.
- 3.22. En audiencia del treinta (30) de octubre de dos mil dieciocho (2018)⁵⁸, las partes y el apoderado de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado expusieron sus alegatos de manera oral y al final presentaron los correspondientes escritos.⁵⁹ En la misma oportunidad y forma, el señor procurador delegado para el trámite emitió su concepto.⁶⁰ A las argumentaciones de las partes y del Ministerio Público se referirá el Tribunal al analizar y decidir cada una de las pretensiones de las demandas que son de su conocimiento, sus fundamentos fácticos, jurídicos y probatorios.
- 3.23. El Tribunal señaló el presente día y hora para la audiencia de fallo.⁶¹
- 3.24. Con escrito del veintiuno (21) de abril de dos mil diecisiete (2017), la demandante presentó solicitud de medidas cautelares, que aparece a folios 1 a 48 del Cuaderno de Medidas Cautelares, de la que se dio el traslado correspondiente y fue negada por el Tribunal con auto 6 del veintiséis (26) de mayo de dos mil diecisiete (2017)⁶². El primero (1) de diciembre del mismo año, la sociedad convocante nuevamente formuló solicitud de medidas cautelares⁶³, que complementó con escrito del cuatro (4) de diciembre siguiente⁶⁴, la cual, previo traslado a la contraparte, también se resolvió negativamente con auto número 18 del diecinueve (19) de diciembre de ese año⁶⁵. El nueve (9) de abril de dos mil dieciocho (2018)⁶⁶ la parte demandante presentó nueva solicitud de medidas cautelares, la cual también fue objeto de traslado a los intervinientes en el proceso, y se resolvió con auto número 37 del dos (2) de mayo de dos mil dieciocho (2018)⁶⁷ para concederla parcialmente en lo relacionado con que la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI debía suspender el proceso sancionatorio iniciado por esa entidad contra Concesión Vial de Los Llanos S.A.S, por el *“Presunto incumplimiento de las obligaciones relacionadas con el giro del Equity, reguladas en i) Literal (a) de la Sección 3.10 de la Parte General*

⁵⁴ Folios 206 a 249 del Cuaderno de Pruebas número 6. Igualmente fueron aportados por el representante legal de Concesión Vial de Los Llanos S.A.S. como aparecen a folios 250 a 251 del mismo cuaderno de pruebas.

⁵⁵ Folios 567 a 568 del Cuaderno de Pruebas número 6.

⁵⁶ Folios 484 a 488 del Cuaderno Principal número 4.

⁵⁷ Auto número 51, Acta número 29, folios 484 a 488 del Cuaderno Principal número 4.

⁵⁸ Acta número 30, folios 30 a 33 del Cuaderno Principal número 5.

⁵⁹ Los de Concesión Vial Los Llanos S.A.S. obran a folios 36 a 123, los de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI obran a folios 181 a 280, los de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado obran a folios 281 a 315, todos del Cuaderno Principal número 5.

⁶⁰ Folios 316 a 403 del Cuaderno Principal número 5.

⁶¹ Auto número 53, Acta número 31, folios 425 a 427 del Cuaderno Principal número 5.

⁶² Acta número 4, que obra a folios 162 a 169 del Cuaderno Principal número 1.

⁶³ Folios 109 a 174 del Cuaderno de Medidas Cautelares número 1.

⁶⁴ Folios 307 a 311 del Cuaderno de Medidas Cautelares número 1.

⁶⁵ Acta número 12, folios 1 a 17 del Cuaderno Principal número 4.

⁶⁶ Folios 339 a 407 del Cuaderno de Medidas Cautelares número 1.

⁶⁷ Acta número 20, folios 365 a 391 del Cuaderno Principal número 4.

del Contrato de Concesión y ii) Sección 4.4 de la Parte Especial del Contrato de Concesión No. 004 de 2015”, según citación del 9 de marzo de 2018, hasta tanto se produzca el Laudo Arbitral que ponga fin a este proceso o Acuerdo Conciliatorio debidamente aprobado por el Tribunal o hasta que el Tribunal levante la medida cautelar; las demás solicitudes fueron negadas. La medida cautelar decretada estaba sujeta a la constitución de una caución por parte de la solicitante que fue debidamente acreditada en la audiencia celebrada el dieciséis (16) de mayo de dos mil dieciocho (2018)⁶⁸ por lo que con auto número 39 del veintiuno (21) de mayo siguiente⁶⁹ se tuvo por constituida en debida forma.

4 Duración del Proceso y Término para Fallar

Al tenor de los artículos 10 y 11 de la Ley 1563 de 2012, en caso de silencio en el pacto arbitral, la duración del proceso será de seis meses contados a partir de la primera audiencia de trámite “al cual se adicionarán los días de suspensión”- e “interrupción por causas legales”-, sin exceder la suspensión solicitada de consuno por las partes de un “tiempo que, sumado, exceda de ciento veinte (120) días”.

La primera audiencia de trámite inició y culminó el siete (7) de marzo de dos mil dieciocho (2018)⁷⁰, y por solicitud conjunta de las partes, el Tribunal decretó las siguientes suspensiones del proceso:

ACTA	FECHA DE SUSPENSIÓN	DÍAS
Acta número 16, Auto Número 33	Desde el veintitrés (23) de marzo al tres (3) de abril de dos mil dieciocho (2018) y desde el nueve (9) de abril al trece (13) de mayo de dos mil dieciocho (2018), todas las fechas incluidas ⁷¹	12
Acta número 23, Auto Número 39	Entre el veintidós (22) y el treinta (30) de mayo de dos mil dieciocho (2018) (ambas fechas incluidas)	9
Acta número 29, Auto Número 51	Entre el cinco (5) de septiembre y el veintinueve (29) de octubre y el treinta y uno (31) de octubre y el cuatro (4) de diciembre de dos mil dieciocho (2018) (todas las fechas incluidas)	90
Acta número 30, Auto Número 52	Entre el cinco (5) y diez (10) de diciembre (ambas fechas incluidas)	6
TOTAL DE DÍAS DE SUSPENSIÓN		117

En consecuencia, el término del proceso se adicionó en ciento diecisiete (117) días.

⁶⁸ Acta número 21, folios 395 a 398 del Cuaderno Principal número 4.

⁶⁹ Acta número 23, folios 403 a 406 del Cuaderno Principal número 4.

⁷⁰ Acta número 15, folios 275 a 294 del Cuaderno Principal número 4.

⁷¹ Inicialmente se suspendió entre nueve (9) de abril y trece (13) de mayo de dos mil dieciocho (2018), pero por auto 36 del seis (6) de abril de dos mil dieciocho (2018) se dejó sin efecto esa suspensión, por lo cual solo se cuentan los días del primer lapso.

Posteriormente, el término del proceso se prorrogó por solicitud de las partes⁷² por tres (3) meses más, de manera que mediante auto número 54 del once (11) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)⁷³, se dispuso que el término del proceso sería de nueve (9) meses, a los cuales deben adicionarse los ciento diecisiete (117) días antes mencionados, por lo que vencería el cuatro (4) de abril de dos mil diecinueve (2019), y por lo tanto, el Tribunal se encuentra en la oportunidad para proferir el laudo.

5 La Demanda Principal Reformada y las Excepciones Formuladas

5.1 La Demanda Principal Reformada

En la Demanda Principal Reformada, Concesión Vial de los Llanos S.A.S. presentó a consideración del Tribunal, las siguientes pretensiones:

“A. PRETENSIONES DECLARATIVAS.

“3.1. PRETENSIONES PRINCIPALES DECLARATIVAS.

“3.1.1 PRETENSIONES RELACIONADAS CON LOS ANTECEDENTES DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 004 DE 2015.

“PRETENSIÓN PRIMERA: Que se declare que el 5 de mayo de 2015, la sociedad **CONCESIÓN VIAL LLANOS S.A.S.** y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** celebraron el Contrato de Concesión No. 004, bajo el esquema de Asociación Público Privada (APP) de Iniciativa Privada, con el objeto de:

“Realizar los estudios y diseños definitivos, financiación, gestión ambiental, predial y social, construcción, mejoramiento, rehabilitación, operación, mantenimiento y reversión de la Concesión Malla Vial del Meta, de acuerdo con el Apéndice Técnico I y demás Apéndices del Contrato.”

“PRETENSIÓN SEGUNDA: Que se declare que la sociedad **CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.** y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** celebraron el Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, conforme con las condiciones materiales, jurídicas, sociales y económicas contenidas en el Documento de Factibilidad entregado por la sociedad **ODINSA S.A (en su condición de Originador)** a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** el 20 de marzo de 2013.

“PRETENSIÓN TERCERA: Que se declare que el Documento de Factibilidad entregado por la Sociedad **ODINSA S.A. (en su condición de Originador)** a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** el 20 de marzo de 2013, contenía la siguiente información:

1. Modelo Financiero detallado y formulado que fundamenta el valor del Proyecto.
2. Descripción detallada de las fases y duración del Proyecto.
3. Justificación del Plazo del Contrato.
4. Análisis de Riesgos Asociados al Proyecto.
5. Estudio de Tráfico.
6. Estudios de Factibilidad Técnica.
7. Estudios de Factibilidad Económica.
8. Estudios de Factibilidad ambiental.
9. Estudios de Factibilidad Predial.

⁷² Folios 408 a 424 del Cuaderno Principal número 5.

⁷³ Acta número 31, folios 425 a 427 del Cuaderno Principal número 5.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

10. Estudios de Factibilidad Financiera.
11. Estudios de Factibilidad Jurídica.
12. Documentos que acreditan la capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación de experiencia de inversión o estructuración de proyectos o para desarrollar el proyecto del Originador y sus miembros (Hoy Concesionario).
13. El valor de la estructuración.
14. Matriz de Riesgos.
15. Declaración juramentada de veracidad de la información.

“PRETENSIÓN CUARTA: Que se declare que el Documento de Factibilidad entregado por la Sociedad **ODINSA S.A. (en su condición de Originador)** a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** el 20 de marzo de 2013, cumplió con la totalidad de los requisitos exigidos por la Ley 1508 de 2012, sus decretos reglamentarios y las exigencias de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**.

“PRETENSIÓN QUINTA: Que se declare que el 5 de febrero de 2015, la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** emitió **CONCEPTO DE FACTIBILIDAD / VIABILIDAD** a la propuesta de Iniciativa Privada presentada por la sociedad **ODINSA S.A. (en su condición de Originador)** por encontrarla conforme con los requisitos exigidos por la Ley 1508 de 2012, sus decretos reglamentarios y las exigencias de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**, y particularmente con los requerimientos establecidos en el artículo 23 del Decreto 1467 de 2012 y en la Resolución 730 de 2012 proferida por la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**.

“PRETENSIÓN SEXTA: Que se declare que fueron premisas esenciales del Caso Base del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, en cuanto hace a su factibilidad financiera, las siguientes:

- ✓ El contrato fue suscrito teniendo en cuenta los resultados del ejercicio financiero viabilizado por la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** y con la respectiva debida diligencia ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para la compensación de los riesgos del proyecto.
- ✓ El modelo financiero de la propuesta determinó los siguientes resultados:
 - Tasas de deuda:
 - IPC + 8.5%
 - Parámetro dimensionamiento deuda:
 - DSCR mínimo: 1.10x
 - TIR Proyecto Nominal:
 - 11,60%
 - TIR Proyecto Real:
 - 8,35%
 - Estructura de Capital:
 - Equity: 34%: \$523.481.688.839 (Pesos de diciembre de 2013)
 - Deuda: 66%: \$1.021.565.692.378 (Pesos de diciembre de 2013)
 - Equity: 34%: \$590.866.957.922 (Pesos corrientes)
 - Deuda: 66%: \$1.160.000.000.000 (Pesos corrientes)
 - Valor Presente del Ingreso de Peajes (VPIP)
 - VPIP: COP 2.449.000.000.000 (Pesos de diciembre de 2013)
 - DTF: 4.36%
 - Inflación Proyectada: 3%

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

•
“PRETENSIÓN SÉPTIMA.- Que se declare que la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** conoció y evaluó el Modelo Financiero con el cual fue estructurado el Proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 004 de 2015, en su Etapa de Factibilidad.

“PRETENSIÓN OCTAVA.- Que se declare que la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** encontró viables y factibles las premisas sobre las cuales el Originador elaboró el modelo financiero con el cual fue estructurado el Proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 004 de 2015, en su Etapa de Factibilidad.

“PRETENSIÓN NOVENA.- Que se declare que la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** tuvo en cuenta el modelo financiero con el cual fue estructurado el Proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 004 de 2015, en su Etapa de Factibilidad.

“PRETENSIÓN DÉCIMA.- Que se declare que la metodología y las premisas utilizadas por el Originador para la elaboración del Modelo Financiero con el cual fue estructurado el Proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 son acordes a la teoría económica y financiera razonablemente implementada en la banca de inversión y en la estructuración de proyectos de infraestructura vial.

“PRETENSIÓN DÉCIMA PRIMERA.- Que se declare que de acuerdo al Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, los únicos ingresos que puede recibir el Concesionario por concepto de remuneración (inversiones y costos) por la ejecución del contrato, según lo previsto en el literal b) del numeral 3.1 de la parte General del Contrato, provienen únicamente de: (i) Recaudo de la tarifa cobrada en las 5 estaciones de peaje existentes más una estación de peaje nueva; y (ii) Ingresos por explotación comercial en los términos del Contrato.

“PRETENSIÓN DÉCIMA SEGUNDA.- Que se declare que de acuerdo con el Modelo Financiero con el cual fue estructurado el Proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 los únicos ingresos previstos para el Concesionario son los derivados del recaudo de la tarifa cobrada en las 5 estaciones de peaje existentes más una estación de peaje nueva.

3.1.2 PRETENSIONES RELACIONADAS CON LAS VARIACIONES ESENCIALES DEL CASO BASE Y SUS CONSECUENCIAS.

“PRETENSIÓN DÉCIMA TERCERA.- Que se declare que de conformidad con lo dispuesto en la Sección 3.1 “Retribución” del Capítulo III “ASPECTOS ECONÓMICOS DEL CONTRATO” del Contrato de Concesión No. 004 de 2015 el principal ingreso del Concesionario proviene del recaudo de peajes.

“PRETENSIÓN DÉCIMA CUARTA.- Que se declare que el tráfico del Proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 004 de 2015 constituye una de las premisas esenciales del Caso Financiero Base del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, en cuanto hace parte de su factibilidad financiera por ser determinante del ingreso único del Concesionario.

“PRETENSIÓN DÉCIMA QUINTA.- Que se declare que el tráfico del Proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 004 de 2015 determinante del Ingreso del Concesionario tuvo variaciones estructurales, sin causa o hecho imputable a la sociedad **CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S., Contratista – Concesionario**, desde la fecha de entrega de los Estudios de Factibilidad por el Originador a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** hasta la fecha.

“PRETENSIÓN DÉCIMA SEXTA.- Que se declare que las variaciones definitivas y estructurales del tráfico del Proyecto, en tanto premisa esencial del Caso Base del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, en cuanto hace a su factibilidad financiera, devinieron estructurales en el contexto de la economía nacional, y particularmente en el contexto de la economía regional en la zona de ubicación del Proyecto en Concesión.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

“PRETENSIÓN DÉCIMA SÉPTIMA.- Que se declare que en el Modelo Financiero del Proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, el Concesionario estimó variaciones del tráfico respecto del inicialmente previsto en un 5%, según la Matriz de Riesgos evaluada en la Etapa de Factibilidad del Proyecto en Concesión, todo lo cual fue revisado y evaluado por Departamento Nacional de Planeación, el Ministerio de Hacienda, la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** y la firma evaluadora de la iniciativa privada.

“PRETENSIÓN DÉCIMA OCTAVA.- Que se declare que las estimaciones de incremento de tráfico realizadas por el Concesionario en el Modelo Financiero del Proyecto entregado en factibilidad del año 2013, son razonables e idóneas de acuerdo con el estudio histórico de la evolución del tráfico en la región en general y en la zona del Proyecto en particular, realizada por el Originador del Proyecto y base del modelo financiero del mismo.

“PRETENSIÓN DÉCIMA NOVENA.- Que se declare que las variaciones definitivas y estructurales del ingreso derivado del tráfico del Proyecto, en tanto premisa esencial del Caso Base del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, superan en el 45% las variaciones de ingreso inicialmente estimadas por el Concesionario.

“PRETENSIÓN VIGÉSIMA.- Que se declare que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993, el contratista podrá renunciar a la ejecución del contrato estatal cuando “las modificaciones alteran el valor del contrato en veinte por ciento (20%) o más del valor inicial.”

“PRETENSIÓN VIGÉSIMA PRIMERA.- Que se declare que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993, las variaciones estructurales en ingreso derivado del tráfico del Proyecto y la no aplicación de las tarifas contractuales, como premisas esenciales del Caso Financiero Base del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, superan el 45% de fluctuación respecto de lo previsto en el Modelo Financiero del Proyecto.

“PRETENSIÓN VIGÉSIMA SEGUNDA.- Que se declare que el Patrimonio Autónomo que administra los recursos del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 ha tenido un menor ingreso derivado de las afectaciones estructurales del tráfico del Proyecto y la no aplicación de las tarifas contractuales.

“PRETENSIÓN VIGÉSIMA TERCERA. - Que se declare que, como consecuencia de las variaciones estructurales del tráfico del Proyecto y la no aplicación de tarifas, como premisas esenciales del Caso Base del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, la reducción de los ingresos en más del 45% respecto de lo previsto en el Modelo Financiero de estructuración del Proyecto, presentaría las siguientes variaciones:

	Estructuración	Condiciones Actuales
TIR proyecto real	8.35%	-7.73%
TIR inversionista Real	9.36%	-8.72%
Deuda millones (pesos diciembre 2013)	\$ 1,021,566	\$0
Equity millones (pesos diciembre 2013)	\$ 523.481	\$ 1,597,610
VPN Flujos del inversionista (Millones)	\$0 *	\$ -895,416 **

* La rentabilidad obtenida igual a la TIR inversionista

** La sumatoria de los flujos es \$ -1. 337.047, no obstante, al descontar una perdida el VPN es menor.

“PRETENSIÓN VIGÉSIMA CUARTA. - Que se declare que como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993 y sus desarrollos jurisprudenciales, acreditada la variación sustancial más allá del 45% de las condiciones iniciales de contratación, la sociedad **CONCESIÓN VIAL DE LOS**

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.

VS

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

LLANOS S.A.S., concesionario contratista en el Contrato de Concesión No. 004 de 2015, puede renunciar a continuar con la ejecución del Contrato.

“PRETENSIÓN VIGÉSIMA QUINTA.- Que se declare que las variaciones estructurales del tráfico del Proyecto y la no aplicación del esquema tarifario contractual, en tanto premisa esencial del Caso Base del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, más allá del 45% de fluctuación respecto de lo previsto en el Modelo Financiero de la Estructuración del Proyecto, afectan sustancialmente el esquema financiero del Proyecto en concesión y hacen inviable su ejecución, en las condiciones inicialmente propuestas por el Originador, toda vez que como pre-requisito de inicio de la fase de construcción se debe acreditar el cierre financiero del Proyecto.

“PRETENSIÓN VIGÉSIMA SEXTA.- Que se declare que como consecuencia de las variaciones estructurales del tráfico del Proyecto y la no aplicación del esquema tarifario contractual, en tanto premisas esenciales del Caso Base del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, en cuanto hace a su factibilidad financiera, los prestamistas no están dispuestos a otorgar la financiación en la proporción del sesenta y seis por ciento (66%) de deuda requerida para la ejecución del Proyecto en Concesión, según el esquema financiero previsto en su estructuración y que fue premisa esencial del Caso Base del Originador.

“PRETENSIÓN VIGÉSIMA SÉPTIMA.- Que se declare que las variaciones estructurales en el tráfico del Proyecto y la no aplicación del esquema tarifario contractual, premisas esenciales del Caso Base del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, en cuanto hace a su factibilidad financiera, que devinieron estructurales en el contexto de la economía nacional, y particularmente en el contexto de la economía regional en la zona de ubicación del Proyecto en Concesión, constituyen hechos imprevisibles, y en todo caso, irresistibles para la sociedad **CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.**, Contratista – Concesionario, y por lo mismo, son ajenas a la esfera de riesgos asumidos por el Contratista Concesionario, y en cualquier caso desbordan cualquier previsión razonable y previsible que haya servido de base a su asignación.

“PRETENSIÓN VIGÉSIMA OCTAVA.- Que se declare que la ejecución del Proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 por la sociedad **CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.**, en las condiciones actuales resulta financieramente inviable para el Contratista – Concesionario.

“PRETENSIÓN VIGÉSIMA NOVENA.- Que se declare que el Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 es un contrato estatal.

“PRETENSIÓN TRIGÉSIMA.- Que se declare que al Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 le es aplicable la normativa constitucional y legal que gobierna los Contratos de la Administración Pública colombiana, y en particular le son aplicables los artículos 4, 5, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993; 4 de la ley 1150 de 2009 y 13 de la ley 1682 de 2013.

“PRETENSIÓN TRIGÉSIMA PRIMERA.- Que se declare que la sociedad **CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.**, contratista concesionario en el Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, es un contratista estatal.

“PRETENSIÓN TRIGÉSIMA SEGUNDA.- Que se declare que las variaciones sustanciales del ingreso derivado del tráfico del Proyecto y la no aplicación del esquema tarifario contractual, más allá de un cuarenta y cinco por ciento (45%) de las previsiones inicialmente contempladas por el Concesionario desbordan el riesgo asumido por el Concesionario en la Matriz de Riesgos del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015.

“PRETENSIÓN TRIGÉSIMA TERCERA.- Que se declare que el hecho de que las variaciones sustanciales del ingreso derivado del tráfico del Proyecto y la no aplicación del esquema tarifario contractual más allá de un cuarenta y cinco por ciento (45%) de las previsiones inicialmente contempladas

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.

VS

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

por el Concesionario, devinieron en estructurales, constituyéndose en un hecho imprevisible y en todo caso irresistible para el Concesionario.

“PRETENSIÓN TRIGÉSIMA CUARTA.- Que de conformidad con la normativa vigente en materia de contratación estatal, y en particular por lo dispuesto en los artículos 4, 5, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993; 4 de la ley 1150 de 2009 y 13 de la ley 1682 de 2013, la sociedad **CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.** Contratista Concesionario, en tanto contratista estatal, solo puede asumir los riesgos previsibles y/o resistibles, según su identificación, previsión y cuantificación en la Matriz de Riesgos del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015.

“PRETENSIÓN TRIGÉSIMA QUINTA.- Que se declare que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la ley 1150 de 2007, los riesgos imprevisibles y/o irresistibles no son asignables al contratista estatal.

“PRETENSIÓN TRIGÉSIMA SEXTA.- Que se declare que la sociedad **CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.** no asumió riesgos imprevisibles y/o irresistibles en el Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015.

“PRETENSIÓN TRIGÉSIMA SÉPTIMA.- Que se declare que la sociedad **CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.**, ha cumplido con la debida diligencia en relación con la financiación destinada a la ejecución del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015.

“PRETENSIÓN TRIGÉSIMA OCTAVA.- Que se declare que como consecuencia de las afectaciones del Proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, la Banca se ha negado a otorgar a la sociedad **CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.** los recursos de deuda (financiación) requeridos para la ejecución del Contrato de Concesión, sin causa o hecho imputable a la sociedad concesionaria.

“PRETENSIÓN TRIGÉSIMA NOVENA.- Que se declare que la sociedad **CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.** no está obligado ni por la Ley ni por el Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 a ejecutar el Proyecto que constituye su objeto únicamente con recursos de equity, según su definición en el Contrato, si tal ejecución le ocasionara pérdidas patrimoniales.

“PRETENSIÓN CUADRAGÉSIMA.- Que se declare que en las condiciones actuales del Proyecto, el Concesionario sociedad **CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.** incurriría en pérdidas económicas irreversibles si fuese forzado a ejecutar el Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 únicamente con recursos de equity.

“PRETENSIÓN CUADRAGÉSIMA PRIMERA.- Que se declare que la sociedad **CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.** en tanto contratista estatal, no está obligado en las condiciones actuales del Proyecto, ni por la Ley ni por el Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, a ejecutar el Contrato de Concesión a pérdida y contra su propio patrimonio.

“3.1.3 PRETENSIONES RELACIONADAS CON LOS PACTOS DE LAS PARTES PARA DAR SOLUCIÓN A LA CONTROVERSIA:

“PRETENSIÓN CUADRAGÉSIMA SEGUNDA.- Que se declare que la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**, en su condición de entidad contratante – concedente en el Contrato de Concesión 004 del 5 de mayo de 2015 ha tenido conocimiento de:

- ✓ Las variaciones estructurales de las premisas esenciales del Caso Base del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, en cuanto hace a su factibilidad financiera, que devinieron estructurales en el contexto de la economía nacional, y particularmente en el contexto de la economía regional en la zona de ubicación del Proyecto en Concesión.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

- ✓ La negativa de los prestamistas a otorgar a la sociedad **CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.**, la financiación en la proporción (deuda) requerida para la ejecución del Proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, debido a las circunstancias actuales que impiden su ejecución por inviabilidad financiera, al no tener un caso financiero base, habiéndose modificado el esquema tarifario contractual unilateralmente y la incertidumbre de los ingresos del Proyecto, lo cual no asegura la fuente de pago.
- ✓ La negativa de los prestamistas a otorgar a los accionistas de la sociedad **CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.**, la financiación en la proporción (equity) requerida para la ejecución del Proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, debido a las circunstancias actuales que impiden su ejecución por inviabilidad financiera, al no tener un caso financiero base, habiéndose modificado el esquema tarifario contractual unilateralmente y la incertidumbre de los ingresos del Proyecto, lo cual no asegura la fuente de pago.

“PRETENSIÓN CUADRAGÉSIMA TERCERA. - Que se declare que el 2 de junio de 2016, la sociedad **CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.** y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** suscribieron el OTROSÍ No. 3 al Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, y entre otros acuerdos, pactaron:

CLÁUSULA SEGUNDA: Dentro de máximo los noventa (90) días siguientes a la firma del presente otrosí, deberá surtir el proceso de socialización del esquema tarifario de la resolución 1130 de 2015 con sus fórmulas de indexación en las estaciones de peaje de Yucao y Casetabla, así como su definición e implementación. De igual forma, dentro de este mismo plazo de noventa (90) días, las partes se obligan a que una vez se tenga el resultado de la socialización e implementación de las tarifas mencionadas en el presente documento, se revisarán los mecanismos regulados en el contrato y de ser necesario se definirán las nuevas condiciones del mismo, tales como el valor del contrato y el plazo de las diferentes etapas y fases del contrato de concesión.

PARÁGRAFO PRIMERO: En todo caso el Concesionario tendrá un plazo adicional para el cierre financiero de noventa (90) días contados a partir de la fecha en que se surta el proceso de socialización y cuando se defina un caso financiero base del proyecto, todo lo cual deberá quedar reflejado mediante Otrosí al contrato.

PARÁGRAFO SEGUNDO: Definido el caso base del proyecto, se deberá revisar el modelo financiero para determinar y valorar si existe un efecto financiero generado por las nuevas condiciones del Contrato y por las modificaciones realizadas mediante el presente Otrosí. Los ajustes pertinentes se harán mediante Otrosí al contrato.

“PRETENSIÓN CUADRAGÉSIMA CUARTA. - Que se declare que el OTROSÍ No. 3 al Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 está vigente y los pactos contenidos en él obligan a la sociedad **CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.** y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**, con fuerza vinculante.

“PRETENSIÓN CUADRAGÉSIMA QUINTA. - Que se declare que como consecuencia de lo pactado por la sociedad **CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.** y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** en la cláusula segunda del OTROSÍ No. 3 al Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, una vez cumplido el proceso de socialización al que refiere la mencionada cláusula segunda del OTROSÍ No. 3, la sociedad **CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.** y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**, las Partes debían, según los expresos pactos consignados en la estipulación citada:

- a) Definir un caso financiero base del Proyecto.
- b) Reflejar la definición del caso financiero base del Proyecto en un Otrosí al Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015.
- c) Revisar el modelo financiero del Proyecto para determinar y valorar si existe un efecto financiero generado por las nuevas condiciones del Contrato y por las modificaciones realizadas mediante el Otrosí No. 003 al Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

- d) *Reflejar la revisión del modelo financiero del Proyecto al que refiere el literal c) anterior en un Otrosí al Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015.*
- e) *Conceder un plazo adicional de noventa (90) días para el cierre financiero del proyecto, cuyo cómputo iniciaría una vez se diera cumplimiento concurrente a tres condiciones, expresamente pactadas:*
- ✓ *Se surtiera el proceso de socialización del esquema tarifario de la Resolución 1130 de 2015 con sus fórmulas de indexación en las estaciones de peaje de Yucao y Casetabla, así como su definición e implementación, a que hace referencia el Parágrafo Primero de la Cláusula Segunda del Otrosí No. 5 al Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015;*
 - ✓ *Se definiera un caso base para el Proyecto; y*
 - ✓ *Se suscribiera el respectivo Otrosí en el que se incorporaran las dos condiciones precedentes.*
 - ✓

“PRETENSIÓN CUADRAGÉSIMA SEXTA.- *Que se declare que, de conformidad con lo dispuesto en el Parágrafo Primero de la Cláusula Segunda del OTROSÍ No. 3 al Contrato de Concesión, “el Concesionario tendrá un plazo adicional para el cierre financiero de noventa (90) días contados a partir de la fecha en que se surta el proceso de socialización y cuando se defina un caso financiero base del proyecto, todo lo cual deberá quedar reflejado mediante Otrosí al contrato.”*

“PRETENSIÓN CUADRAGÉSIMA SÉPTIMA.- *Que se declare que a la fecha de presentación de esta demanda, las Partes del Contrato de Concesión No. 004 de 2015, sociedad **CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.** y **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, dentro del marco del OTROSÍ No. 3, no han definido un caso financiero base del proyecto, sin causa o hecho imputable al Concesionario.*

“PRETENSIÓN CUADRAGÉSIMA OCTAVA.- *Que como consecuencia de lo anterior, se declare que el plazo adicional de noventa (90) días al inicialmente pactado en el OTROSÍ No. 3, para que el Concesionario obtenga el Cierre Financiero del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, no ha iniciado.*

“PRETENSIÓN CUADRAGÉSIMA NOVENA.- *Que se declare que el 4 de noviembre de 2016, el Concesionario, Sociedad **CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.** y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**, suscribieron el OTROSÍ No. 5 al Contrato de Concesión No. 004 de 2015, y pactaron, entre otros acuerdos, lo siguiente:*

CLÁUSULA PRIMERA: *Suspender de mutuo acuerdo por el término de treinta (30) días contados a partir de la suscripción del presente Otrosí, el cumplimiento de la obligación de consecución del cierre financiero del Contrato de Concesión No. 004 de 2015, plazo durante el cual se evaluará la viabilidad del contrato.*

PARÁGRAFO PRIMERO: *Que, como consecuencia de la suspensión de la obligación de acreditar el cierre financiero al ser éste, un requisito o condición precedente para el Inicio de la Fase de construcción, la misma se suspende, por el mismo término de treinta (30) días.*

PARAGRAFO SEGUNDO: *Que teniendo en consideración la suspensión prevista en el presente documento, el plan de adquisición predial y el plan de obras del proyecto se suspenderá por el mismo término.*

PARAGRAFO TERCERO: *Que con ocasión a la suspensión del cierre financiero el Concesionario deberá garantizar que se cubran los gastos señalados para la etapa Preoperativa y se cumplan a cabalidad con las obligaciones establecidas en el contrato de Concesión.*

CLÁUSULA SEGUNDA: *Modificar el literal a) del numeral 4.5 de la Parte Especial del contrato, con el objeto de manera específica de ampliar la fecha máxima del Aporte 2 que debe realizarse para el fondeo de la Subcuenta predios del Patrimonio Autónomo, aporte que quedará así:*

4.5 Fondeo de Subcuentas del Patrimonio Autónomo

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.

VS

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

a. Subcuenta Predios.

(...)

Aporte	Monto	Fecha Máxima del Aporte
Aporte 2	\$ 63.422.051.300	570 Días desde la Fecha de Inicio

(...)”

“PRETENSIÓN QUINCUAGÉSIMA.- Que se declare que el 21 de diciembre de 2016, el Concesionario, Sociedad **CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.** y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**, suscribieron el OTROSÍ No. 6 al Contrato de Concesión No. 004 de 2015, y pactaron, entre otros acuerdos, lo siguiente:

CLÁUSULA PRIMERA: Suspender de mutuo acuerdo el cumplimiento de la obligación de la acreditación del cierre financiero prevista en el Contrato de Concesión No. 004 de 2015.

PARAGRAFO PRIMERO: El término de suspensión corresponderá al lapso entre la suscripción del presente Otrosí y el pronunciamiento ejecutoriado que emita el tribunal de arbitramento, el acuerdo Conciliatorio ejecutoriado al que lleguen las Partes con ocasión al trámite Arbitral, o el término de un (1) año, lo primero que ocurra.

PARAGRAFO SEGUNDO: Las Partes acuerdan suspender la obligación de fondeos de la subcuenta predios por el mismo lapso y condiciones previstas en la presente Cláusula.

CLÁUSULA SEGUNDA: En el evento de que transcurra el término de un (1) año, y no se hubiese llegado a acuerdo conciliatorio o proferido el correspondiente laudo arbitral, en ambos casos ejecutoriado; Las Partes, de común acuerdo suscribirán los documentos contractuales necesarios que determinen la continuidad del proyecto.

PARAGRAFO PRIMERO: Para la suscripción de los documentos contractuales que garanticen la continuidad del Proyecto, las Partes contarán con un término máximo de tres (3) meses, contados a partir de la ocurrencia de cualquiera de las alternativas descritas en el Parágrafo Primero de la Cláusula Primera del presente documento, término dentro del cual deberá realizarse la revisión de todos los componentes del Contrato. **Únicamente en el evento que se presenten circunstancias que requieran ajustar el contrato**, se procederá a realizarlo.

PÁRAGRAFO SEGUNDO: Dentro del término señalado en la presente Cláusula para revisión de los componentes del Contrato, se deberán realizar las siguientes actividades:

- Acreditar el Cierre Financiero ante la ANI.
- Una vez la ANI manifieste su conformidad a los documentos de acreditación del Cierre Financiero, se procederá a la suscripción inmediata de la respectiva Acta de Inicio de la Fase de Construcción y por tanto todas y cada una de las obligaciones inherentes a la misma se activarán de manera automática.
- Se deberán ajustar las Etapas del Contrato, por lo cual se ampliará el plazo previsto para la Fase de Preconstrucción y se reducirá y ajustará el previsto para fase de Construcción y/o para la Etapa de Operación y mantenimiento, ejercicio que bajo ninguna circunstancia podrá superar el término máximo señalado para el Contrato de Concesión No. 004 de 2015.
- Deberá revisarse los efectos financieros generados con la suscripción del presente Otrosí y demás modificaciones contractuales, en el evento que los mismos se presenten o se hayan presentado.”

“PRETENSIÓN QUINCUAGÉSIMA PRIMERA.- Que se declare que el OTROSÍ No. 6 al Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 está vigente y los pactos contenidos en él obligan a la sociedad **CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.** y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**, con fuerza vinculante.

“PRETENSIÓN QUINCUAGÉSIMA SEGUNDA.- Que se declare que de conformidad con lo pactado en la Cláusula Segunda del OTROSÍ No. 6 al Contrato de Concesión No. 004 de 2015, en el evento de que transcurra un (1) año contado a partir de su suscripción, de no haber llegado las partes a un acuerdo

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

conciliatorio o de no haberse proferido por el Tribunal de Arbitramento el Laudo que ponga fin al proceso, las **“Partes, de común acuerdo suscribirán los documentos contractuales necesarios que determinen la continuidad del proyecto”**.

“PRETENSIÓN QUINCUAGÉSIMA TERCERA.- Que se declare que de conformidad con lo previsto en la Cláusula Segunda del OTROSÍ No. 6 al Contrato de Concesión No. 4 de 2015, la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** no podrá unilateralmente ordenar la continuidad del Contrato de Concesión No. 004 de 2015 en los términos inicialmente pactados.

“PRETENSIÓN QUINCUAGÉSIMA CUARTA.- Que se declare que se requiere del consenso y acuerdo del Concesionario para adoptar las medidas que determinen la continuidad del Contrato de Concesión No. 004 de 2015, hasta la finalización del presente proceso arbitral, bien por acuerdo conciliatorio celebrado por las Partes o por Laudo Arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento, en caso de transcurrir un (1) año contado a partir de la suscripción del OTROSÍ No. 6 sin que se hubiere dado un acuerdo conciliatorio entre las Partes o proferido el laudo arbitral por el Tribunal.

“PRETENSIÓN QUINCUAGÉSIMA QUINTA.- Que se declare que el 28 de julio de 2017, el Concesionario, Sociedad **CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.** y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**, suscribieron el documento denominado **ACTA DE ENTENDIMIENTO**, y pactaron, entre otros acuerdos, lo siguiente:

PRIMERO.- SUSPENDER EL PERÍODO DE CURA DEL TERCER GIRO EQUITY. Las Partes acuerdan suspender el período de cura otorgado, mediante radicado No. 2017-306-020306-1 del 30 de junio de 2017, para que el **CONCESIONARIO** realice el tercer giro equity, saneando así su incumplimiento. La suspensión del plazo de cura se extenderá hasta el día que las partes suscriban un otrosí que materialice un Acuerdo Conciliatorio. No obstante, en caso que no sea posible llegar a un Acuerdo Conciliatorio, el plazo de cura comenzará a contarse a partir del 22 de diciembre de 2017. De esta manera y en caso de no lograrse un Acuerdo Conciliatorio, el **CONCESIONARIO** deberá proceder a hacer el tercer giro Equity indexado al IPC del periodo, junto con los rendimientos financieros que se hubieran generado desde el 29 de mayo de 2017 hasta el día en que se efectúe el respectivo pago, liquidados diariamente conforme con la tasa nominal certificada por la Fiduciaria de Occidente, so pena de iniciar el proceso sancionatorio definido en el Contrato de Concesión No. 004 de 2015, sin otorgar un nuevo plazo de cura, dado que el período actual otorgado es el máximo permitido contractualmente.

SEGUNDO.- El **CONCESIONARIO** dispondrá de los recursos necesarios para garantizar el cumplimiento de las demás obligaciones vigentes del Contrato de Concesión No. 004 de 2015, **en concordancia con lo previsto en el Otrosí No. 6 del 21 de diciembre de 2016.**”

“PRETENSIÓN QUINCUAGÉSIMA SEXTA.- Que se declare que el documento denominado **ACTA DE ENTENDIMIENTO** suscrito el 28 de julio de 2017 por la sociedad **CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.** y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**, constituye un acuerdo válido entre las partes del Contrato de Concesión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41⁷⁴ de la Ley 80 de 1993.

“PRETENSIÓN QUINCUAGÉSIMA SÉPTIMA.- Que se declare que el documento denominado **ACTA DE ENTENDIMIENTO** suscrito el 28 de julio de 2017, está vigente y los pactos contenidos en él obligan a la sociedad **CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.** y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**, con fuerza vinculante.

“3.1.4 PRETENSIONES RELACIONADAS CON LA IMPOSIBILIDAD DE OBTENER EL CIERRE FINANCIERO DEL PROYECTO.

⁷⁴ Artículo 41º.- Del Perfeccionamiento del Contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

“PRETENSIÓN QUINCUAGÉSIMA OCTAVA.- *Que se declare que de conformidad con lo dispuesto en la Sección 4.4. de la Parte General del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, el inicio de la Etapa de Construcción está supeditado al cumplimiento de las siguientes condiciones precedentes:*

4.4. Condiciones Precedentes para el Inicio de la Fase de Construcción.

Son condiciones precedentes, es decir, requisitos sobre los cuales se deberá haber verificado su cumplimiento para el inicio de la Fase de Construcción del Contrato:

- (a) *Haber obtenido el Concesionario la no objeción de los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico de todas las Unidades Funcionales, de conformidad con lo previsto en la Sección 6.2 de esta Parte General.*
- (b) *Haber obtenido el Concesionario la no objeción de los Estudios de Detalle de las Intervenciones de las Unidades Funcionales cuya ejecución deba comenzar al inicio de la Fase de Construcción de acuerdo con el Plan de Obras, de conformidad con lo previsto en la Sección 6.2 de esta Parte General.*
- (c) *Haber suscrito el Concesionario el Contrato de Construcción con sujeción a lo previsto en el CAPÍTULO V de esta Parte General.*
- (d) **Haber efectuado el(los) Cierre(s) Financiero(s), según corresponda en los términos de la Sección 3.9 de esta Parte General, y efectuado los Giros de Equity previstos para ser desembolsados en la Fase de Preconstrucción.**
- (e) *Respecto de los Predios, el Concesionario deberá (i) haberlos adquirido; o (ii) demostrar que cuenta con la disponibilidad –entendida como la tenencia que le permita al Concesionario acceder físicamente al predio y realizar las actividades que impliquen su destinación al Proyecto– sobre, al menos el cuarenta por ciento (40%) (ya sea por (i), por (ii) o por la suma de ambos) de la longitud efectiva de los Predios necesarios para la ejecución de las Intervenciones de la primera Unidad Funcional deban acometerse al inicio de la Fase de Construcción de acuerdo con el Plan de Obras. El porcentaje anterior podrá ser superior, si así se define entre el Concesionario y los Prestamistas.*
- (f) *Haber obtenido las Licencias y Permisos –incluida la Licencia Ambiental, de ser procedente– requeridos por la Autoridad Estatal y por la Autoridad Ambiental para el inicio de las Intervenciones de la primera Unidad Funcional a que se refiere la Sección 4.4 (e), que requieran conforme a la Ley Aplicable de Licencias y/o Permisos.*
- (g) *Respecto del cumplimiento del proceso de consulta previa a comunidades étnicas, en los casos en los que aplique para el inicio de las Intervenciones de las Unidades Funcionales que deben acometerse al inicio de la Fase de Construcción, haber logrado los acuerdos definitivos y protocolizados por parte del Ministerio del Interior.*
- (h) *Haber cumplido con las obligaciones previstas en los Apéndices y Anexos del Contrato que deben ser cumplidas durante la Fase de Preconstrucción.*
- (i) *Obtener y mantener en vigor las garantías de que trata el CAPÍTULO XII de esta Parte General.*
- (j) *Fondear las subcuentas del Patrimonio Autónomo que así lo requieran, de conformidad con lo previsto en este Contrato.”*

“PRETENSIÓN QUINCUAGÉSIMA NOVENA.- *Que como consecuencia de lo anterior, se declare que hasta tanto el Concesionario no haya obtenido el Cierre Financiero del Proyecto, en los términos y a los*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

efectos previstos en la Sección 4.4 de la Parte General del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, no se podrá dar inicio a la Fase de Construcción del Proyecto.

“PRETENSIÓN SEXAGÉSIMA.- Que se declare que la Banca a la que ha acudido la sociedad **CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.**, **contratista concesionario en el Contrato de Concesión No. 004 de 2015**, le ha negado el crédito por inviabilidad financiera del Proyecto al no tener un caso financiero base, habiéndose modificado el esquema tarifario contractual unilateralmente y la incertidumbre de los ingresos del Proyecto, lo cual no asegura la fuente de pago.

“PRETENSIÓN SEXAGÉSIMA PRIMERA.- Que se declare que la sociedad **CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.** se encuentra en imposibilidad de obtener el cierre financiero del Proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 004 de 2015, por no tener acceso al crédito que le permita obtener los recursos de deuda requeridos para su ejecución, sin causa o hecho imputable a su gestión.

“PRETENSIÓN SEXAGÉSIMA SEGUNDA.- Que se declare que desde la estructuración del Proyecto se previó el esquema financiero para su financiación con un sesenta y cuatro por ciento (64%) de recursos de deuda y un treinta y seis por ciento (36%) de recursos de equity.

“PRETENSIÓN SEXAGÉSIMA TERCERA.- Que se declare que la estructura de financiación (esquema financiero) prevista por el Concesionario es propia de proyectos de infraestructura bajo la modalidad de proyectos autofinanciables o “project finance”.

“PRETENSIÓN SEXAGÉSIMA CUARTA. - Que se declare que la ejecución del Proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 004 de 2015 en las condiciones actuales implicaría:

a) Con relación a los plazos contractuales:

a.1) Como consecuencia de las graves afectaciones del tráfico, resulta insuficiente cualquier ampliación de plazo con el propósito de remunerar la ejecución de las obras.

a.2) La no definición de un caso base que viabilice la ejecución de las obras, ha generado la ampliación de la fase de pre-construcción, desplazando en más de dos (2) años el comienzo de la etapa de operación y mantenimiento, pues, aunque el plazo del contrato se mantiene, la disponibilidad de los recursos provenientes de la retribución se desplaza en igual proporción.

b) Con relación al efecto financiero sobre el patrimonio de los accionistas:

b.2) El panorama para el Contrato de Concesión, en función de las proyecciones de ingresos bajo las condiciones actuales arroja una rentabilidad real para el proyecto de -7,73%(negativa) y para el inversionista en términos reales de -8,72% (negativa) evidenciando que bajo esta realidad, el proyecto destruye valor para los inversionistas y no es un proyecto viable para los financiadores.

b.3) Esta situación repercute directamente sobre los accionistas del proyecto, toda vez que se estaría condicionando la necesidad de realizar aportes de Equity por \$1.597.610 millones superiores a los previstos en estructuración \$561.324 millones ante la imposibilidad de lograr conseguir apalancamiento del sistema financiero.

c) Con relación al retorno de la inversión

c.1 Las condiciones actuales de ingreso derivadas del tráfico y las tarifas generan un impacto significativo en la TIR y en el VPN, disminuyendo la TIR inversionista de estructuración de 9,36% con un equity de estructuración \$561.324 millones a una TIR de -8,72% (negativa) con un equity de \$1.597.610 millones haciendo que este proyecto destruya valor.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

c.2) El efecto en la disminución del ingreso derivado del tráfico y las tarifas actuales no solo disminuye la rentabilidad del proyecto por debajo de la rentabilidad del inversionista estimada por el Ministerio de Hacienda en la estructuración ($Ke = 9,36\%$) sino también por debajo de la DTF y hasta de la inflación, lo que resulta inviable para cualquier inversionista.

“PRETENSIÓN SEXAGÉSIMA QUINTA.- Que se declare que la sociedad **CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.**, contratista Concesionario en el Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 ha dado cumplimiento a las obligaciones asumidas bajo el Contrato de Concesión y sus OTROSIES, particularmente en cuanto hace al cumplimiento de sus obligaciones de giros de equity, incluyendo, pero sin limitarse a ello, con los giros de equity previstos para la primera fase de la Etapa de Construcción del Proyecto.

“3.1.5 PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA:

“PRETENSIÓN SEXAGÉSIMA SEXTA.- Que se declare que a la fecha de presentación de esta demanda, la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** no ha dado cumplimiento al OTROSÍ No. 3 al Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015.

“PRETENSIÓN SEXAGÉSIMA SÉPTIMA.- Que se declare que como consecuencia del incumplimiento de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** al OTROSÍ No. 3 al Contrato de Concesión No. 004 de 2015, se ha generado una grave afectación a la viabilidad financiera del Proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, al no contar con un caso financiero base que permita obtener el Cierre Financiero del Proyecto, en los términos del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 y sus Apéndices.

“PRETENSIÓN SEXAGÉSIMA OCTAVA.- Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se declare que la sociedad **CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.**, en su condición de Concesionario en el Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, NO es acreedor de sanción contractual alguna por la no obtención del Cierre Financiero del Proyecto, hasta tanto no se cumplan las previsiones relacionadas con el plazo para el cumplimiento de esta obligación consignadas en el OTROSÍ No. 3 al Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 y/o se adopten de común acuerdo por las partes las medidas que garanticen la continuidad del Proyecto en los términos establecidos en la Cláusula Segunda del OTROSÍ No. 6 al Contrato de Concesión No. 004 de 2015.

“3.1.6 DECLARACIONES RELACIONADAS CON EL ESQUEMA TARIFARIO DEL PROYECTO OBJETO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 004 DE 2015.

“PRETENSIÓN SEXAGÉSIMA NOVENA.- Que se declare que el Ministerio de Transporte expidió la Resolución No. 00331 del 15 de febrero de 2017 “Por la cual se modifica parcialmente el artículo 3 de la Resolución 1130 de 2015 y se dictan otras disposiciones” por exclusiva solicitud de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**.

“PRETENSIÓN SEPTUAGÉSIMA.- Que se declare que con la expedición de la Resolución No. 00331 del 15 de febrero de 2017 por el Ministerio de Transporte, a solicitud de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** se modificó unilateralmente el Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, con la afectación grave de los ingresos del proyecto y en consecuencia con graves afectaciones al esquema financiero del Proyecto que constituye su objeto.

“3.1.7 PRETENSIONES RELACIONADAS CON LA NECESIDAD DE REVISIÓN JUDICIAL DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 004 DE 2015.

“PRETENSIÓN SEPTUAGÉSIMA PRIMERA.- Que se declare que durante la ejecución del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 ocurrieron sucesos y circunstancias imprevistas y en todo caso

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

*irresistibles para el Contratista – Concesionario, que afectaron de modo estructural el tráfico del Proyecto que constituye su objeto, sin causa o hecho imputable a la sociedad **CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.**, en su condición de Concesionario o en cualquier otra condición.*

“PRETENSIÓN SEPTUAGÉSIMA SEGUNDA.- *Que se declare que con posterioridad a la entrega del proyecto en etapa de factibilidad en el año 2013 la afectación del tráfico del Proyecto devino en estructural, sin causa o hecho imputable a la sociedad **CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.**, en su condición de Concesionario o en cualquier otra condición.*

“PRETENSIÓN SEPTUAGÉSIMA TERCERA.- *Que se declare que con posterioridad a la entrega del proyecto en etapa de factibilidad en el año 2013 la afectación estructural del tráfico del Proyecto, impide su ejecución en los términos y condiciones previstos por las partes en su celebración, por inviabilidad financiera, sin causa o hecho imputable a la sociedad **CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.**, en su condición de Concesionario o en cualquier otra condición.*

“PRETENSIÓN SEPTUAGÉSIMA CUARTA.- *Que se declare que como consecuencia de la afectación estructural del tráfico del Proyecto que constituye el objeto del Contrato de Concesión No. 004 de 2015, el cumplimiento de las obligaciones de índole financiera (financiación y equity) de la Sociedad Concesionaria **CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.**, contratista concesionario en el mencionado Contrato, se volvió excesivamente oneroso.*

“PRETENSIÓN SEPTUAGÉSIMA QUINTA.- *Que se declare que la ocurrencia de sucesos y circunstancias imprevistas y en todo caso irresistibles para el Contratista – Concesionario, durante la ejecución del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 y las afectaciones consecuentes al Caso Base del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 por la afectación estructural del tráfico del Proyecto, hacen excesivamente gravosas las obligaciones de financiación del Proyecto a cargo de la sociedad **CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.**, contratista concesionario en el Contrato de Concesión No. 004 de 2015, excediendo los límites legales y contractuales en materia de asunción de riesgos previsibles.*

“PRETENSIÓN SEPTUAGÉSIMA SEXTA.- *Que se declare que como consecuencia de la ocurrencia de sucesos y circunstancias imprevistas y en todo caso irresistibles para el Contratista – Concesionario, durante la ejecución del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 y las afectaciones consecuentes al Caso Base del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 derivadas de la afectación estructural del tráfico del Proyecto que constituye su objeto, el cumplimiento de las obligaciones de financiación de la sociedad concesionaria **CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.**, en su condición de contratista concesionario en el Contrato de Concesión No. 004 de 2015 han sido afectadas por una onerosidad sobreviniente que sobrepasan los límites y parámetros establecidos en la aceptación de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** de la Oferta de Factibilidad del Proyecto del 20 de marzo de 2013 presentada por el Concesionario emitida el 5 de febrero de 2015.*

“PRETENSIÓN SEPTUAGÉSIMA SÉPTIMA.- *Que se declare que como consecuencia de la ocurrencia de sucesos y circunstancias imprevistas y en todo caso irresistibles para el Contratista – Concesionario, durante la ejecución del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 y las afectaciones consecuentes al Caso Base del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 derivadas de la afectación estructural del tráfico del Proyecto, el cumplimiento de las obligaciones de financiación de la sociedad **CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.**, en su condición de contratista concesionario en el Contrato de Concesión No. 004 de 2015 han sido afectadas por una onerosidad sobreviniente que sobrepasan los límites y parámetros establecidos en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, el texto del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, y particularmente en la Matriz de Riesgos del Proyecto que hace parte del Contrato de Concesión.*

“PRETENSIÓN SEPTUAGÉSIMA OCTAVA.- *Que se declare que la sociedad **CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.** no está obligada a soportar la excesiva onerosidad sobreviniente en el cumplimiento*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

de sus obligaciones de financiación (recursos de deuda y recursos de equity) bajo el Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, como consecuencia de la ocurrencia de sucesos y circunstancias imprevistas y en todo caso irresistibles para el Concesionario, durante la ejecución del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 y las afectaciones consecuentes al Caso Base del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 derivadas de la afectación estructural del tráfico del Proyecto, más allá de lo previsto en el régimen jurídico del Contrato de Concesión No. 004 del 2015 y en sus estipulaciones, contenido y alcances.

“PRETENSIÓN SEPTUAGÉSIMA NOVENA.- Que se declare que la ocurrencia de eventos y circunstancias imprevistas e imprevisibles y en todo caso irresistibles para el Contratista - Concesionario, posteriores a la celebración del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 hace necesaria la **REVISIÓN** del Contrato de Concesión a fin de garantizar su continuidad.

“PRETENSIÓN OCTOGÉSIMA.- Que se **REVISE** por el Tribunal de Arbitramento el Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, a fin de que se decreten los reajustes necesarios para garantizar su continuidad, según las condiciones materiales, jurídicas y financieras tenidas en cuenta por las Partes al momento de su celebración, todo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4, numerales 8 y 9 de la Ley 80 de 1993, 868 del Código de Comercio y demás disposiciones legales y contractuales aplicables, y:

- ✓ Lo probado en este proceso;
- ✓ Lo solicitado por el Concesionario: o
- ✓ Lo dispuesto por el Tribunal de Arbitramento como resultado de su valoración de las circunstancias y pruebas de la ocurrencia de los hechos y sus consecuentes afectaciones, que dieron origen a la controversia.

“PRETENSIÓN OCTOGÉSIMA PRIMERA.- Que se ordene a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** a dar cumplimiento a lo dispuesto en el decreto de **REVISIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 004 DEL 5 DE MAYO DE 2015**, según se ordene en el Laudo que ponga fin a este proceso.

“B. PRETENSIONES DE CONDENA

“3.2 PRETENSIONES PRINCIPALES DE CONDENA.

“PRETENSIÓN PRIMERA PRINCIPAL DE CONDENA: Que se condene a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** a dar cumplimiento a lo dispuesto por el Tribunal de Arbitramento en el Laudo Arbitral que decrete la **REVISIÓN JUDICIAL DEL CONTRATO DE CONCESIÓN NO. 004 DE 2015**.

“PRETENSIÓN SEGUNDA PRINCIPAL DE CONDENA: Que se ordene a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** a dar cumplimiento al laudo arbitral que ponga fin a este proceso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

“PRETENSIÓN TERCERA PRINCIPAL DE CONDENA: Que se condene a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** al pago de las costas del juicio y las agencias en derecho.

“3.3 PRETENSIONES SUBSIDIARIAS DE CONDENA RELACIONADAS CON EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN.

“PRETENSIÓN PRIMERA SUBSIDIARIA DE CONDENA: Que se condene a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** a dar cumplimiento al OTROSÍ No. 3 al Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Código Civil, Código de Comercio y demás normativa aplicable, en el sentido de:

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

- a) Definir un caso financiero base del Proyecto.
- b) Reflejar la definición del caso financiero base del Proyecto en un Otrosí al Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015.
- c) Revisar el modelo financiero del Proyecto para determinar y valorar el efecto financiero generado por las nuevas condiciones del Contrato y por las modificaciones realizadas mediante el Otrosí No. 003 al Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015.
- d) Reflejar la revisión del modelo financiero del Proyecto al que refiere el literal c) anterior en un Otrosí al Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015.

“PRETENSIÓN SEGUNDA SUBSIDIARIA DE CONDENA: Que se ordene a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** a dar cumplimiento a lo convenido por las partes en el OTROSÍ No. 3 al Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015.

“PRETENSIÓN TERCERA SUBSIDIARIA DE CONDENA: Que se ordene a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** a dar cumplimiento al Laudo Arbitral que ponga fin a este proceso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

“PRETENSIÓN CUARTA SUBSIDIARIA DE CONDENA: Que se condene a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** al pago de las costas del juicio y las agencias en derecho.

“3.4 LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 004 DEL 5 DE MAYO DE 2015.

“PRETENSIÓN PRIMERA SUBSIDIARIA: Que en caso de que el Tribunal de Arbitramento no encontrare posible la Revisión del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, disponga su terminación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 868 del Código de Comercio.

“PRETENSIÓN SEGUNDA SUBSIDIARIA: Que se decreten las reparaciones económicas a favor de la sociedad **CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.** por la terminación anticipada del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, que sean procedentes, según lo establecido en los Capítulos XVII y XVIII de la Parte General del contrato de concesión, Terminación Anticipada del Contrato sin causa o hecho imputable al Contratista y por responsabilidad de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI**, o lo que en criterio del Tribunal proceda, incluyendo, adicionalmente, la reparación de los perjuicios que, en su caso se acrediten en el trámite del proceso.

“PRETENSIÓN TERCERA SUBSIDIARIA: Que se ordene la liquidación del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015.

“PRETENSIÓN CUARTA SUBSIDIARIA: Que se condene a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** al pago de las costas del juicio y las agencias en derecho.”

El Tribunal sintetiza los hechos de la controversia en los que la Demandante principal encuentra fundamento a sus peticiones, así:

En abril del año dos mil doce (2012) ODINSA, en su condición de Originador y debidamente habilitada por las normas aplicables, presentó propuesta de Asociación Público Privada que no requiere desembolso de recursos públicos, con el objeto de realizar los diseños, la construcción, la operación y el mantenimiento de la infraestructura vial denominada Anillo Vial y Accesos a Villavicencio, incluyendo el corredor Granada-Villavicencio-Puerto López-Puerto Gaitán – Puente Arimena. Señaló en su escrito los resultados que el modelo financiero arrojó, como premisas de la oferta, en relación con tasas de deuda, parámetro

de posicionamiento de deuda, TIR proyecto nominal, estructura de capital, valor presente del ingreso de peajes, DTF e inflación proyectada. En noviembre de dos mil doce (2012), la ANI otorgó concepto favorable a la anterior propuesta e hizo requerimientos para continuar con el análisis de factibilidad, entre ellos, varios relativos al modelo financiero, que fueron atendidos por el originador. En febrero de dos mil quince (2015) dicha entidad estatal emitió concepto de factibilidad a la *“Propuesta de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada que no requiere desembolso de recursos públicos”*. En el mismo mes y año, la estructura Plural Autopistas del Meta, quien es hoy El Concesionario, manifestó que *“de manera clara, expresa e irrevocable aceptamos en su integridad los términos y condiciones de la factibilidad del mencionado proyecto, contenidos en su comunicación identificada en la referencia y en sus documentos anexos y complementarios.”*

En abril de dos mil quince (2015), la ANI adjudicó el Contrato de Concesión bajo el esquema de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada al Originador Estructura Plural Autopistas del Meta, confirmando con ello la viabilidad del proyecto, según las evaluaciones que pudo realizar de las condiciones de ejecución técnicas, financieras y jurídicas consignadas en la Oferta de Factibilidad del hoy Concesionario.

En mayo de dos mil quince (2015) se suscribió el Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 004 entre las partes de este proceso, en cuyo texto se indicó, como objeto: *“El presente contrato de concesión bajo un esquema de asociación público privada de Iniciativa Privada en los términos de la ley 1508 de 2012, tiene por objeto el otorgamiento de una concesión para que, de conformidad con lo previsto en este contrato, el Concesionario, por su cuenta y riesgo, lleve a cabo el proyecto. El alcance físico del Proyecto, se describe en la Parte Especial y en el Apéndice Técnico I.”* Destacó la demandante en los hechos de su demanda otras definiciones, valor, plazo, declaraciones y garantías de las partes, la asignación de riesgos y la estructura tarifaria del citado contrato y señaló que las fuentes de la retribución de concesionario se restringen a: (i) recaudo de peajes y (ii) ingresos por explotación comercial, de manera que constituyen, a su vez, los extremos sobre los que se construyó el CASO BASE del Proyecto. Alegó que ese esquema que, en condiciones normales serviría de base y garantía a la financiación del proyecto, *“es sencillamente deficiente, insuficiente y –de cara al sector financiero- inadmisibile”*.

Según indicó el esquema tarifario del Contrato se soportó, para el cobro de las tarifas contractuales en los Peajes autorizados, en la Resolución 1130 del 28 de abril de 2015 expedida por el Ministerio de Transporte. Posteriormente, el citado Ministerio expidió la Resolución 0052 del 8 de enero de 2016 para actualizar tarifas de peaje, siendo aplicable al contrato en mención. Posteriormente, se expidió la Resolución 0331 de febrero de 2017, *“Por la cual se modifica parcialmente el artículo 3 de la Resolución 1130 de 2015 y se dictan otras disposiciones”*, con la cual el Ministerio, al atender la solicitud exclusiva de la ANI referida en los antecedentes de la misma, *“modifica unilateralmente el Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, en cuanto hace a la oportunidad de recaudo por el Concesionario de los peajes contractualmente pactados.”* Entiende la Demandante que con esa modificación se afectó la fórmula de recuperación de la inversión del Concesionario, sin participación alguna de este.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

Por causa de estas decisiones de la entidad contratante y del Ministerio de Transporte, adicionado a la situación general del proyecto, por los efectos de las variaciones macroeconómicas y el déficit estructural del tráfico, las partes suscribieron el Otrosí No. 3 al Contrato de Concesión No. 004 de 2015.

Posteriormente destaca las obligaciones a cargo del Concesionario cuyo cumplimiento entiende comprometido de no darse la revisión del Caso Base del Proyecto, entre ellas, la de financiación (3.8); cierre financiero (3.9) y giros de equity (3.10).

En todo caso, señala que, a pesar de las circunstancias verificadas, dicha sociedad ha cumplido oportunamente con la obligación relacionada con el fondeo a la subcuenta correspondiente a los recursos de equity, de conformidad con lo pactado en el Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 y en el Otrosí No. 5. Sin embargo, indica que el Concesionario no puede cumplir con aquellas obligaciones que no dependan de su quehacer, ni del proyecto inicialmente estructurado, particularmente en lo que tiene que ver con la financiación.

Dice que desde la suscripción del contrato, la Convocante inició gestiones ante la Banca para obtener recursos de financiación que ya habían sido soportados en la fase inicial con cartas de compromiso de la banca, pero que, modificadas las condiciones del proyecto, la banca antes dispuesta no tuvo disposición en financiar el proyecto. Ello fue informado oportunamente a la ANI para que se revisara el caso base del proyecto con miras a buscar su viabilidad y evitar que se materializara el incumplimiento y se remite a los textos de las comunicaciones que fueron dirigidas a dicha entidad con las respectivas propuestas. Concluye con base en lo señalado en esos escritos, que en ese momento aún era posible viabilizar el proyecto y que, a pesar de que sin la revisión del caso base -por acuerdo de las partes o mediante decisión judicial- el mismo sea inviable, ha cumplido con las obligaciones a su cargo y ha mostrado su voluntad de cumplimiento sin lograr respuesta positiva del sector financiero.

Por otra parte, se refiere a las causales de terminación anticipada previstas en el del Contrato y a los pactos efectuados en el Otrosí número 3 en relación con el plazo del Contrato, los plazos estimados de las fases de la etapa preoperativa, el giro del Equity, el Fondeo de Subcuentas del patrimonio autónomo, entre otros aspectos, como los compromisos que se hicieron en el mismo. Dice que luego de la suscripción de este otrosí las partes después de reuniones y conversaciones decidieron “darse el espacio suficiente para realizar el análisis de los impactos evidentes en el Caso Base del Contrato provenientes de las variaciones macroecómicas de la Economía Nacional y Regional” y acordaron celebrar un otrosí nuevo para suspender, por lo menos en el curso de este proceso, las obligaciones de carácter financiero relativas al cierre financiero, en espera de un fallo o un acuerdo entre las partes; suspender el inicio de la etapa de construcción; acordar obras durante el periodo de suspensión, y pactar la recomposición de caso base del proyecto, según circunstancias reales. Sin embargo, las conversaciones se interrumpieron y no se cumplió lo acordado.

Luego, en noviembre de 2016, se suscribió el Otrosí número 5 “con el objeto de suspender por un término de treinta (30) días la obligación del Concesionario de acreditar el cierre

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

financiero del proyecto y, en consecuencia, el inicio de la fase de construcción, todo con el fin de evaluar la viabilidad del contrato”.

En vista de que la entidad contratante no cumplió con sus compromisos de los Otrosíes 3 y 5, la Concesión Vial de Los Llanos S.A.S. formuló la demanda para obtener la revisión del Caso Base del Proyecto, y *“obtener en sede judicial, la solución de desarrollo del objeto del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, con el restablecimiento de las condiciones económico – financieras sobre las cuales se dio su estructuración y se celebró el Contrato.”*

En diciembre de dos mil dieciséis (2016), se suscribió por las partes un Otrosí número 6 para *“regular la ejecución contractual, entre tanto se obtenía la definición judicial de la controversia o se alcanzaba acuerdo conciliatorio que de modo directo la dirimiera”*.

Posteriormente, se refiere a las conversaciones que las partes han adelantado desde que se inició el presente trámite con la demanda principal inicial. Sin embargo, y pese a las conversaciones y mesas de trabajo en febrero de dos mil diecisiete (2017), el Ministerio de Transporte, mediante la Resolución 331 modificó el esquema tarifario del proyecto de concesión; reversó los incrementos de peaje realizados en el mes de enero de 2017 superiores al IPC y suspendió el incremento realizado el 11 de agosto de 2016 para las estaciones de Yucao y Casetabla, haciendo más crítica la situación financiera del Proyecto y su posibilidad de ser financiado. De todo esto fue informada la entidad convocada, con quien en una reunión se pactó que el Concesionario presentaría “una propuesta que viabilizara la ejecución del proyecto”. Tal alternativa se materializó en una comunicación de marzo de dos mil diecisiete (2017) en la que el Concesionario puso a consideración de la ANI ejecutar las unidades funcionales de la 1 a la 8, manteniendo el alcance previsto en el Contrato de Concesión No. 004 de 2015 y sus apéndices; mantener el alcance contractual de la Unidad Funcional 0 (operación y mantenimiento) y excluir del alcance las Unidades Funcionales 9, 10 y 11 (tramo Puerto Gaitán – Puente Arimena). Según dice la Demandante, “la propuesta proyecta sus ingresos con base en un escenario de tráfico realizado por el consultor especialista en tránsito y demanda, donde reflejaba la condición del proyecto, y donde se esperaba una recuperación importante en el mediano plazo (fin de la fase de Construcción)”. También en esa comunicación, el Concesionario se refirió a una alternativa analizada en las mesas de trabajo para los mismos fines.

En marzo de dos mil diecisiete (2017) las partes se reunieron para revisar el trabajo efectuado por el Concesionario consignado en la comunicación citada, y la metodología empleada para ello y se realizaron observaciones tanto por la ANI como por la interventoría del proyecto que se acordó serían resueltas en mesas de trabajo.

En junio de dos mil diecisiete (2017) la ANI propuso alternativamente al Concesionario *“realizar el análisis y evaluación de una nueva alternativa en la cual se mantenga el alcance contractual del Proyecto, pero desplazando las inversiones previstas para las Unidades Funcionales 9, 10 y 11 por 15 años contados desde el año 2018, además de retirar del alcance del Proyecto la construcción de la Conectante vía Nueva – Vía Antigua a Bogotá e incluir dentro del mismo la construcción de bermas para los sitios más críticos del tramo*

Puerto López – Puerto Gaitán (Unidades Funcionales 7 y 8) en un valor equivalente al que se tenía previsto para la construcción de la Conectante en estructuración”.

El Concesionario presentó formalmente esta alternativa a la entidad en julio de dos mil diecisiete (2017) y en ella *“se proyectaron los ingresos con base en las estimaciones del consultor externo en tráfico que prevé una recuperación hacia el final de la fase de construcción incluyendo la realidad histórica de tráfico y tarifas desde el inicio de la ejecución del proyecto de concesión hasta el mes de enero del año 2018, momento a partir del cual se debe restablecer la estructura tarifaria contractual. Este escenario no contempla el atrapamiento de caja en ningún momento, situación que genera que el peso porcentual asignado a la unidad funcional cero (0) alcance un treinta y nueve por ciento (39%) de la totalidad de los ingresos percibidos por concepto de recaudo en el proyecto”.*

Después de la presentación de la comunicación formal antes referida, las partes continuaron en mesas de trabajo y en agosto de dos mil diecisiete (2017) la ANI solicitó el ajuste de la última propuesta *“utilizando un escenario de tráfico que evidenciara la realidad actual del Proyecto y que adoptara el esquema de tarifas e ingresos previsto en la fase de estructuración desde la suscripción del Acta de Inicio hasta el mes de junio de 2017, y a partir de este momento el restablecimiento de la estructura tarifaria contractual. Para este nuevo escenario la Agencia solicita que se mantenga el peso porcentual de la unidad funcional cero (0) previsto en el modelo financiero de propuesta y redistribuir el 19% previsto para las unidades funcionales 9, 10 y 11 en las 4 primeras unidades funcionales que se terminarían”.*

El Concesionario acogió la solicitud de la ANI y en mesa de trabajo del 1º de septiembre presentó los resultados de este ejercicio, que aparecen en la demanda. Con ello entiende haber realizado y agotado la debida diligencia para alcanzar un acuerdo conciliatorio debidamente soportado.

Finalmente, señaló que, con la renuncia del presidente de la ANI, Luis Fernando Andrade, varió el sentido de las conversaciones y la entidad expresó que las fórmulas analizadas no eran presentables ante las autoridades de control por cuanto no dejaban en evidencia la pérdida del Concesionario, por lo que no fue posible llegar a un arreglo que pusiera fin a las diferencias entre ellas.

5.2 Las Excepciones Interpuestas por Agencia Nacional de Infraestructura – ANI respecto de las Pretensiones de la Demanda Principal Reformada

Al contestar la Demanda Principal Reformada, la entidad estatal convocada indicó que se oponía a todas las pretensiones formuladas por la convocante, *“por carecer de sustento jurídico y fáctico y, en general, por cuanto la situación que se describe encuentra regulación expresa en el contrato como asunción de riesgo para el privado, que no da lugar al reequilibrio de la ecuación económica del contrato ni a su terminación anticipada, y mucho menos a la compensación que estima se debe procurar”.* Igualmente señaló que los argumentos planteados por la convocante no se ajustan a la realidad del contrato de concesión, ni a la filosofía que corresponde a esta clase de contratos de cuarta generación.

A partir de las oposiciones que anteceden, interpuso las excepciones siguientes:

- “1. Fase precontractual - Al haber estructurado el proyecto el contratista asumió la responsabilidad sobre la certidumbre, contundencia, pertinencia y utilidad de los estudios y análisis que empleó para demostrar que su proyecto era viable.*
- “1.1. La naturaleza del contrato de concesión y en particular las Asociaciones Público Privadas de Iniciativa Privada*
- “1.2. La declaración de Prefactibilidad - Factibilidad no implica la asunción de riesgo alguno por parte de la Agencia*
- “2. Fase contractual - Improcedencia de la revisión del contrato*
- “2.1. Ruptura del equilibrio económico del contrato – inexistencia en el caso concreto*
- “2.2. De la situación fáctica real - Indebida e inexacta presentación del escenario fáctico y jurídico ligado a la ejecución del contrato por parte del concesionario – Cumplimiento del contrato por la ANI*
- “2.1.2. De la situación relacionada con la disminución tarifaria (no estructuración del ius variandi o del hecho del príncipe)*
- “2.1.3. De la situación relacionada con la afectación del tráfico por cuenta de la caída de los precios del petróleo (no estructuración de la teoría de la imprevisión)*
- “2.1.4. Del cumplimiento de la ANI de sus obligaciones derivadas del Otrosí 3 y de la definición del caso base que en dicho documento contractual se estableció.*
- “2.1.5. El contratista incumplió el deber de planeación*
- “3. De la imposibilidad jurídica de revisión contractual*
- “4. Excepción al juramento estimatorio”.*

6 La Demanda de Reconvención Reformada y su Contestación

6.1 La Demanda de Reconvención Reformada

Por su parte, la entidad estatal al formular su Demanda de Reconvención Reformada propuso para resolución por parte de este Tribunal las siguientes peticiones:

“I. PRETENSIONES

“1.1. PRIMERA. Que se declare que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI ha cumplido a cabalidad todas y cada una de las obligaciones nacidas del Contrato de Concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015, sus adicionales, contratos modificatorios, otrosíes, actas de entendimiento y demás documentos de naturaleza contractual frente la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.

“1.2. SEGUNDA. Que se declare que la imposibilidad temporal de implementación del esquema tarifario de la Resolución 1130 de 2015 es imputable a la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. como consecuencia de una deficiente socialización del mismo e incumplimiento del deber de planeación con relación a la viabilidad técnica y socioeconómica del proyecto.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

“1.3. TERCERA. Que se declare que la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. incumplió con la obligación de socialización del esquema tarifario de la Resolución 1130 de 2015 con relación a los peajes Yucao y Casetabla pactada en la CLÁUSULA SEGUNDA del OTROSÍ NÚMERO 3 de fecha 2 de junio de 2016.

“1.4. CUARTA. Que se declare que como consecuencia de la implementación del esquema tarifario de la Resolución 1130 de 2015 resultante de la concertación con autoridades locales realizada únicamente por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA-ANI, no se configuraron los supuestos fácticos que ameritaran necesidad alguna de modificar las premisas de ejecución del contrato por lo que no se cumplió la condición para el nacimiento de la obligación de definir un caso base.

“1.5. QUINTA. Que se declare que en cualquier caso las variaciones del esquema tarifario no configuran condición para la elaboración de un caso base al encontrarse previstas dentro del contrato, y al haberse asignado expresamente el riesgo tarifario

“1.6. SEXTA. Que se declare que en cualquier caso, el diferencial tarifario derivado de la imposibilidad temporal de implementar la Resolución 1130 de 2015 por causas imputables a la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S y el incumplimiento de sus obligaciones de socialización, no forma parte del riesgo tarifario asignado a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA.

“1.7. SÉPTIMA. Que se declare que la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S está obligada a asumir el diferencial tarifario derivado del incumplimiento de sus obligaciones de socialización y la imposibilidad temporal de implementar la Resolución 1130 de 2015 por hechos imputables a ella.

“1.8. OCTAVA. Que se declare que el retraso en la iniciación de la etapa de construcción es imputable a la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. como consecuencia de una deficiente planeación con relación a la viabilidad financiera del proyecto, teniendo en cuenta que el riesgo financiero se trata de un riesgo legal y contractualmente asignado al concesionario.

“1.9. NOVENA. Que se declare que la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S incumplió la obligación de Obtención de Cierre Financiero en los términos de la cláusula 3.9 de la Parte general del Contrato de Concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015LK, en el evento en que no se ejecute su objeto antes del veintidós (22) de diciembre del año en curso, atendiendo lo pactado en el Otrosí número 6 de 2016.

“1.9.1. PRIMERA CONSECUENCIAL A LA NOVENA PRINCIPAL. Que se declare que como consecuencia de dicho incumplimiento la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS obtuvo un mayor valor del dinero en el tiempo o rendimiento financiero de la inversión causando un perjuicio de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA consistente en el costo financiero de la inversión, en el evento en que no se ejecute su objeto antes del veintidós (22) de diciembre del año en curso, atendiendo lo pactado en el Otrosí número 6 de 2016.

“1.10. DÉCIMA. Que se declare que la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S incumplió la obligación del tercer giro de Equity en los términos de la cláusula 3.10 de la Parte general del Contrato de Concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015LK.

“1.10.1. PRIMERA CONSECUENCIAL A LA DÉCIMA PRINCIPAL. Que se declare que como consecuencia de dicho incumplimiento la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS obtuvo un mayor valor del dinero en el tiempo o rendimiento financiero de la

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

inversión causando un perjuicio de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA consistente en el costo financiero de la inversión.

“1.11. UNDÉCIMA. Que se declare que el estudio del documento de factibilidad presentado por el originador, la declaratoria de prefactibilidad, la declaratoria de factibilidad, la adjudicación del Contrato de Concesión 004 de 2015 y cualquier acto precontractual proferido por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA-ANI, de ninguna manera constituyen la asunción de riesgos distintos a los expresamente asignados por el ordenamiento jurídico al Estado en los contratos de Cuarta Generación, o pactados en documentos contractuales a cuyos términos estrictamente nos atenemos.

“1.12. DECIMOSEGUNDA. Que se declare que al haber estructurado el proyecto, la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. asumió el deber de planeación, la carga de diligencia, la previsión de riesgos así como los demás deberes, cargas y obligaciones que como originador de un proyecto de cuarta generación le corresponden.

“1.13. DECIMOTERCERA. Que se declare que las condiciones económicas al momento de la celebración del Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015 se han mantenido durante su ejecución.

“1.14. DECIMOCUARTA. Que se declare que cualquier circunstancia que haya tenido incidencia alguna en la ejecución del contrato, particularmente frente a la obligación de obtención de cierre financiero, se produjo antes del 5 de mayo de 2015 fecha de celebración del Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015.

“1.14.1. DECIMOCUARTA A SUBSIDIARIA PARTICULAR. En subsidio de las anteriores, que se declare que cualquier circunstancia que haya tenido incidencia alguna en la ejecución del Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015 corresponde, particularmente frente a la obtención del cierre financiero, a un riesgo asumido por el originador y asignado por el ordenamiento jurídico a la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.

“1.14.2. DECIMOCUARTA SUBSIDIARIA PARTICULAR CONSECUCIONAL. En consecuencia de la anterior, que se declare que cualquier circunstancia que haya tenido incidencia alguna en la ejecución del Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015, particularmente frente a la obligación de obtención de cierre financiero, corresponde a la concreción un riesgo previsto o en cualquier caso razonablemente previsible y resistible para el originador, hoy contratista SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.

“1.15. DECIMOQUINTA. Que se declare que se ha mantenido el equilibrio económico durante toda la ejecución del Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015 desde su celebración.

“1.16. DECIMOSEXTA. En consecuencia, que se declare que no procede la revisión, ni mucho menos la terminación del Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2005 al no haberse configurado la teoría de la imprevisión, y al no haberse extinguido sus obligaciones.

“1.17. DECIMOSÉPTIMA. Que se declare que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA- ANI no se encuentra obligada a asumir ninguno de los riesgos legal y contractualmente asignados al contratista, particularmente los riesgos de tráfico y los riesgos financieros del proyecto

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

“1.18. DECIMOCTAVA. Que se declare que el Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015 al ser de cuarta generación no contempla la obligación de garantía de ingreso mínimo por parte de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA- ANI, o un valor estimado que genere prestación alguna en favor de la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.

“1.19. DECIMONOVENA. Que se declare que el Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015 se encuentra en etapa la etapa de ejecución denominada pre construcción.

“1.20. VIGÉSIMA. Que se declare que en Contrato de Concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015, sus adicionales, contratos modificatorios, otrosíes, actas de entendimiento y demás documentos de naturaleza contractual se estableció por las partes magnitud de variación del riesgo comercial, financiero o de tráfico.

“1.21. VIGESIMOPRIMERA. Que se declare que en Contrato de Concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015, sus adicionales, contratos modificatorios, otrosíes, actas de entendimiento y demás documentos de naturaleza contractual se estableció por las partes porcentajes de asunción del riesgo comercial, financiero o de tráfico.

“1.22. VIGESIMOSEGUNDA. Que se declare que en cualquier caso el porcentaje de 5% incluido en la matriz de riesgo no constituye magnitud de variación del tráfico sino la probabilidad de ocurrencia del evento descrito en la misma.

“2. SUBSIDIARIAS:

“2.1. PRIMERA SUBSIDIARIA. Que en caso de encontrarse la existencia de desequilibrio financiero del Contrato, se proceda a la revisión del mismo teniendo en cuenta que cualquier modificación en la asignación de los riesgos debe traducirse en una reducción en la tasa de descuento o rentabilidad esperada en favor de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

“2.2. SEGUNDA SUBSIDIARIA. Que en caso de encontrarse la existencia de desequilibrio financiero del Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015, se declare que en cualquier caso no resulta procedente la terminación del mismo.

“2.3. TERCERA SUBSIDIARIA. Que en dado caso el Tribunal llegase a estimar procedente la terminación, se declare que no se produce por causa imputable a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA-ANI, y no configura un evento de terminación anticipada pactado en el Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015.

“2.4. CUARTA SUBSIDIARIA. Que en dado caso el Tribunal llegase a estimar procedente la terminación declare que no existe ningún tipo de compensación o reparación en favor del Concesionario al no tratarse de un evento de terminación anticipada del Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015, ni de un hecho imputable a AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA-ANI.

“2.5. QUINTA SUBSIDIARIA. Que en dado caso el Tribunal llegase a estimar procedente la terminación, que al encontrarse el proyecto de pre construcción se aplique la fórmula prevista Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015.

“2.5.1 QUINTA SUBSIDIARIA PRIMERA CONSECUENCIAL. En consecuencia de la anterior, en caso de resultar procedente la terminación del Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015, se aplique la fórmula prevista por las partes para la etapa

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

de, pre construcción sin tener en cuenta o reconocerse al concesionario comisión de éxito alguna puesto que no se configuran los supuestos fácticos de ésta última.

“2.5.2 QUINTA SUBSIDIARIA SEGUNDA CONSECUENCIAL. De igual manera, en caso de resultar procedente la terminación del Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015, se aplique la fórmula prevista por las partes para la etapa de pre construcción sin tener en cuenta rentabilidad alguna o valor del dinero en el tiempo durante el lapso del retraso en ejecución del contrato por causas imputables a la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.

“2.5.3 QUINTA SUBSIDIARIA TERCERA CONSECUENCIAL. De igual manera, en caso de resultar procedente la terminación del Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015, se aplique la fórmula prevista por las partes para la etapa de pre construcción sin tener en cuenta rentabilidad alguna o valor del dinero en el tiempo durante el lapso del retraso en ejecución resultante de cualquier riesgo contractual o legalmente asignado a la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.

“3. DE CONDENA.

“3.1. PRIMERA DE CONDENA. Condénese a la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S al cumplimiento de la obligación de Obtención de Cierre Financiero en los términos de la cláusula 3.9 de la Parte general del Contrato de Concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015LK, en el evento en que no se ejecute su objeto antes del veintidós (22) de diciembre del año en curso, atendiendo lo pactado en el Otrosí número 6 de 2016.

“3.2. SEGUNDA DE CONDENA. En consecuencia de la anterior condénese a pagar a la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS al mayor valor del dinero en el tiempo, rendimiento financiero de la inversión en favor de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA por concepto de perjuicios derivados del incumplimiento de la Obligación de Obtención de Cierre financiero correspondientes al costo financiero de la inversión.

“3.3. TERCERA DE CONDENA. Condénese a la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S pago correspondiente al el tercer giro de Equity en los términos de la cláusula 3.9 de la Parte general del Contrato de Concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015LK, atendiendo lo pactado en el Acta de Entendimiento celebrada el 28 de julio de 2017 debidamente actualizado.

“3.4. CUARTA DE CONDENA. En consecuencia de la anterior condénese a pagar a la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS al mayor valor del dinero en el tiempo, rendimiento financiero de la inversión en favor de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA por concepto de perjuicios derivados del incumplimiento de la Obligación de Tercer giro de Equity correspondientes al costo financiero de la inversión.

“3.4.1. SUBSIDIARIA A LA CUARTA DE CONDENA. En subsidio de lo anterior, que se condene a la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S al pago de los intereses moratorios a la máxima tasa legal permitida sobre el valor del tercer Giro de Equity en favor de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA.

“3.5. QUINTA DE CONDENA. Condénese a la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS al pago del valor correspondiente al diferencial tarifario dejado de recaudar como consecuencia de imposibilidad temporal de implementar la resolución 1130 de 2015 por hechos imputables al concesionario.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

“3.6. *SEXTA DE CONDENA. Condénese a la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S a ejecutar a cabalidad todas las demás prestaciones a su cargo en los términos del Contrato de Concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015, sus adicionales, contratos modificatorios, otrosíes, actas de entendimiento y demás documentos de naturaleza contractual frente la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.”*

Como apoyo de las anteriores pretensiones, la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, en resumen, alegó lo siguiente:

En abril de dos mil doce (2012), el Grupo Odinsa S.A., como estructurador del proyecto, presentó propuesta de Asociación Público Privada de iniciativa Privada que no requiere desembolso de recursos públicos, cuyo objeto consistía en “Realizar los Estudios, diseños, financiación, construcción, operación, mantenimiento, gestión social, predial y ambiental respecto de los siguientes ítems a saber: i) Corredor Granada – Villavicencio – Puerto López – Puerto Gaitán – Puente Arimena. ii) Anillo Vial de Villavicencio y Accesos a la Ciudad – Malla Vial del Meta”, en atención a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 1508 de 2012. En la modalidad propuesta -concesión de cuarta generación- se conservan las particularidades propias del contrato de concesión y se exige al estructurador particular respeto de los principios de la función administrativa, de la contratación estatal, y del deber de diligencia y planeación. La presentación del proyecto de APP corre integralmente por **“cuenta y riesgo”** del particular – estructurador.

Mediante Resolución 730 de 2012 se otorgó concepto favorable para que el Grupo Odinsa S.A. llevara a cabo la estructuración de proyecto de APP de iniciativa privada y se diera inicio a la etapa de factibilidad del mismo, según lo señalado en las normas aplicables. Lo anterior debido a que con ello culminó la etapa de prefactibilidad en la que el particular acreditó que el proyecto cumplía al menos los siguientes requisitos básicos: diseño en etapa de prefactibilidad; alcance del proyecto; estudios de demanda en etapa de prefactibilidad; especificaciones del proyecto; el costo estimado del proyecto y fuente de financiación. Destaca que corresponde al particular llevar a cabo una debida estructuración y planeación del proyecto que propone a la administración pública, sin que por el hecho de la aprobación la entidad estatal asuma el rol de estructurador. La verificación y autorización de la entidad pública pasar a la etapa de factibilidad en ningún caso implica asunción tácita o expresa de los riesgos asignados al originador.

Seguidamente, en febrero de dos mil quince (2015) la entidad estatal emitió concepto de factibilidad a la propuesta de APP de iniciativa privada sin desembolso de recursos públicos, por cuanto se verificó el cumplimiento de las nuevas exigencias al originador particular. En esta etapa, la propuesta del estructurador debe tener los siguientes elementos: el modelo financiero detallado que fundamente el valor del proyecto; fases de duración del proyecto (etapa pre-operativa y etapa operativa); análisis de riesgos asociados al proyecto; estudios de impacto económico, ambiental y social; estudios de factibilidad técnica, ambiental, predial, jurídica, económica y financiera; acreditación de la capacidad jurídica; acreditación de la capacidad financiera o de potencialidad de financiación; acreditación de la capacidad de experiencia en inversión o estructuración de proyectos, y minuta del contrato a celebrar que incluya la propuesta de distribución de riesgos.

En la propuesta presentada por el estructurador se incluyó la denominada matriz de riesgos, que, a juicio de la ANI *“no tiene naturaleza contractual ni genera obligación alguna para las partes”*, sino que simplemente sintetiza la distribución hecha por la ley y consagrada el clausulado contractual al respecto, con la inclusión de una estimación de riesgos que se hace en detalle en el contrato de concesión. Sin embargo, se alega que las estimaciones y probabilidades no son parte del contrato sino cálculos propios del estructurador, *“con el fin de determinar las medidas de mitigación y su participación en el proceso”*.

En la matriz de riesgos se incluye un rubro denominado probabilidad de frecuencia y el valor asignado en la probabilidad de frecuencia establecido en la matriz de riesgos comerciales y variación del tráfico en la escala (0%-5%) es la valoración cualitativa que contempló el originador en su propuesta de asociación público privada de iniciativa privada. Alega que el valor de la probabilidad del 5% no tiene relación con el porcentaje de la reducción del tráfico y que, en la asignación de riesgos, éste es asumido 100% por el privado, como lo contempla la sección 13.2 del contrato parte general Riesgos Asignados al Concesionario, numeral (a) xviii *“Los efectos favorables o desfavorables de la variación del tráfico durante la vida del Proyecto”*.

Mediante Resolución No. 638 de fecha nueve (9) de abril de dos mil quince (2015), se adjudicó el Contrato de Concesión bajo el esquema de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada al originador del proyecto.

El cinco (5) de mayo del mismo año se firmó el Contrato de Concesión No. 004 de 2015.

Durante el proceso de adjudicación, celebración y ejecución del Contrato hubo un elemento fáctico transversal, los precios WTI y Brent del Petróleo que para este último momento se encontraban a la baja. De hecho, señala que ***“la caída de los precios del petróleo se empezó a presentar inclusive desde tres meses antes de la adjudicación del contrato de Concesión y de su celebración efectiva”*** (el resaltado es del texto original). Sin embargo, indicó que la tendencia de variación del precio del crudo entre la adjudicación, la celebración y los plazos de ejecución no ha variado sustancialmente según reporta un comparativo citado en los hechos.

El rol de la ANI en la etapa precontractual del proyecto se limita a valorar la propuesta (proyecto) presentada por el estructurador según la regulación aplicable, sin que por ello *“pueda exigirse a la ANI un análisis detallado y minucioso del proyecto y convertirlo en ‘estructurador’, pues no es ésta su función y con ello se desnaturalizaría la concesión bajo el esquema de APP de iniciativa privada”*. Por ello no puede alegarse que las etapas previas o las posteriores modifican la asignación de riesgos prevista en el contrato.

La asignación de riesgos se hace de conformidad con lo establecido en la Ley 1150 de 2007 y la Ley 1508 de 2012, bajo la premisa de que éstos son asumidos por quien esté en mayor capacidad de soportarlos, y, en este caso, se trata del originador por haber efectuado la estructuración del proyecto, considerando todos los elementos necesarios para ello.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

A inicios de junio de dos mil quince (2015), El Vicepresidente de Gestión Contractual, el Representante Legal del Concesionario y el Representante Legal Suplente de la interventoría suscribieron el acta de inicio del Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015.

El Ministerio de Transporte emitió Resolución 1130 de 2015 sobre el esquema tarifario de peajes, considerando el estudio realizado por el Originador del Proyecto, en relación con la viabilidad técnica y socioeconómica, con el propósito de instalar una nueva caseta de peaje e incrementar las tarifas en las casetas de peaje existentes.

El concesionario inició el cobro de las tarifas conforme a lo establecido en la Resolución 1130 de 2015 del Ministerio de Transporte, pero las comunidades del sector de influencia de los peajes Casetabla y Yucao protestaron por el aumento de tarifas y fue necesario, a instancias de la ANI, llevar a cabo una reunión para discutir esta situación. Tal reunión se efectuó el diecinueve (19) de junio de dos mil quince (2015), en dependencias de la ANI, con la participación de funcionarios de esta entidad y del Concesionario, algunos líderes políticos de la región y representantes de las comunidades. Quedó en evidencia en tal reunión la **“deficiente socialización y carencia de concertación de las tarifas con la comunidad”** y se acordó volver por un plazo menor a las tarifas anteriores al aumento mientras el Concesionario realizaba jornadas de socialización para lograr acuerdos con las comunidades de Puerto López y Puerto Gaitán para definir una nueva estructura tarifaria que tuviera en cuenta las capacidades económicas de la población y las necesidades de recursos del Concesionario, bajo el entendimiento que esta labor es de su resorte.

A pesar de esos compromisos y por la escasa actividad del concesionario, en julio de ese año, la ANI requirió al concesionario para que *“se convoque a dicha socialización a las Juntas de acción comunal y veedores de los municipios de Puerto Gaitán y Puerto López y se realicen las correspondientes actividades de divulgación utilizando medios de información masivos, tales como, volantes, cuñas radiales, prensa y notificaciones personales. Agradecemos enviarnos los correspondientes soportes de las actividades que se realicen para la masificación del evento, información que se tendrá como evidencia en caso de futuras reclamaciones por desconocimiento del proyecto de parte de la comunidad”*.

En noviembre del mismo año, por iniciativa del concesionario, se llevaron a cabo dos sesiones en el Concejo Municipal de Puerto Gaitán, a las que asistieron funcionarios de la ANI, de la Interventoría, del concesionario y del INVIAS y se concluyó que el esquema tarifario propuesto podría afectar negativamente el comercio de los municipios en cuestión. Igualmente se indicó que la ausencia de bermas viales en el tramo que conecta a estos municipios, respecto de las cuales no había un alcance contractual, generaba peligros para los usuarios de las vías. Se dijo *“los asistentes comunican que **se ajustarán** a las tarifas si se cumple con la construcción de bermas. ANI: informa que existen dos soluciones: quitar unidades funcionales a intervenir a un cambio en las tarifas para la construcción de las bermas (sic). Los asistentes sugieren que los recursos para la construcción de las bermas deben venir del Estado y en general no están de acuerdo con el alza de tarifas. Comunican que se acogen al precio del incremento del IPC”*.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

Todo lo anterior fue recordado al concesionario en un oficio de la ANI remitido a finales del mismo mes, con el cual, además se le solicitó *“generar las acciones necesarias para subsanar las situaciones presentadas y de esta forma lograr el adecuado y normal desarrollo del Contrato No. 004 de 2015 el cual incluye que se dé cumplimiento a lo señalado en la Resolución No. 1130 del 28 de abril de 2015 y de las variables indispensables en un contrato de concesión como son: el objeto, alcance, valor, ecuación contractual y en general todos los compromisos contractuales que se derivaron del mismo”*.

A mediados del mes de diciembre siguiente, Concesión Vial de Los Llanos S.A.S. presentó las tarifas y categorías a implementar en las estaciones de Casetabla y Yucao “con el propósito de mantener las condiciones que se tenían en el escenario financiero de propuesta”.

La Interventoría del contrato analizó la propuesta y concluyó que *“los efectos desfavorables de la indebida planeación sean asumidos por quien la llevó a cabo, es decir, si los inconvenientes para aplicar el incremento de las tarifas en los peajes Yucas y Casetabla son consecuencia de una deficiente gestión social durante la estructuración del proyecto, debido a la falta de socialización del inminente aumento en las tarifas de los peajes con la comunidades ubicadas en las áreas de influencia del proyecto, debería ser el Originador del Proyecto, actual Concesionario, en su condición de estructurador del mismo, quien deba asumir los efectos”*. La interventoría también desestimó que se presentarán en la ejecución del contrato *“los elementos estructurales de la teoría de la imprevisión toda vez que los inconvenientes en la aplicación de las tarifas definidas en la Resolución 1130 de 2015 para las casetas de peaje denominadas Yucao y Casetabla como consecuencia de la oposición por parte de la comunidad ubicada en el área de influencia del proyecto, era previsible por parte del originador del proyecto, actual Concesionario, en la medida que la modificación de las tarifas en los peajes responde a un análisis de viabilidad técnica y socioeconómica”*.

Mediante comunicación CVLL-2024 del quince (15) de abril de dos mil dieciséis (2016) el concesionario puso de presente la imposibilidad de cobro en las estaciones de peaje Casetabla y Yucao -que ya habían sido actualizadas por la Resolución 052 del 8 de enero de 2016 del INVIAS-, así como la afectación del tráfico en la zona y otra serie de condiciones macroeconómicas de la zona de influencia del proyecto.

Con ocasión de lo anterior, la Interventoría en oficio de mayo del mismo año señaló que la imposibilidad de cobro en las estaciones de peaje Casetabla y Yucao era imputable a la deficiente gestión del Concesionario, incluso en la etapa de estructuración del proyecto, y posteriormente. Por ello entiende la ANI que *“el Concesionario se ve obligado a asumir las consecuencias de su propia negligencia, incluida la asunción del valor dejado de recaudar”, aun cuando señala que el riesgo tarifario corresponde a la Agencia; pero por no haber identidad entre riesgo y responsabilidad por incumplimiento no existe “razón de hecho para que se activara el riesgo mencionado”*.

Por causa de lo anterior, el Concesionario buscó, con acercamientos a la ANI, la suscripción de un otrosí para variar el alcance físico del proyecto, sin que tal modificación

hubiera sido efectuada. De hecho, señala que dirigentes políticos de la zona se manifestaron frente a tal iniciativa con preocupación y rechazo.

Por lo anterior y por solicitud del Concesionario para ampliar la etapa preoperativa del proyecto en su fase de preconstrucción en seis (6) meses más, la ANI y el Concesionario suscribieron el Otrosí No. 3 del 2 de junio de 2016. De las consideraciones y cláusulas de dicho otrosí quedó claro que aunque hubo intención de modificar el alcance físico del contrato y la disminución de tarifas de peajes, por los argumentos de las autoridades políticas de los municipios de influencia del Proyecto, ***“se determinó que no resultaba necesaria la modificación proyectada y que por el contrario lo que procedía era dar curso a las solicitudes de los mandatarios locales”*** en el sentido de adicionar el término de la etapa de preconstrucción en seis (6) meses, con la finalidad de presentar a la comunidad el esquema tarifario de la Resolución 1130 de 2015 para las estaciones de peaje Casetabla y Yucao, en el plazo allí señalado y con el acompañamiento de la Gobernación del Meta y las Alcaldías de Puerto López y Puerto Gaitán. Acordaron también que, de no lograr la implementación del esquema tarifario referido, ***“las partes pactarían una modificación al alcance del proyecto para viabilizar su ejecución, para lo cual determinarían un caso base financiero”*** (los resaltados son del texto original).

En los meses de junio y julio de dos mil dieciséis (2016) se dio curso a la socialización por parte de la Agencia Nacional de Infraestructura, a través de convocatoria realizada en los Municipios de Puerto López y Puerto Gaitán a diferentes actores. El veintisiete (27) de julio de dos mil dieciséis (2016), en una reunión en el Hotel La Iguana del Llano en el municipio de Puerto Gaitán y en el Salón Cofrem del municipio de Puerto López, a la que asistieron la Agencia; la Gobernación del Meta y los alcaldes de los municipios de Puerto Gaitán y Puerto López, y sin la presencia del concesionario, pese a tratarse de una obligación a su cargo, se determinó la ***“aceptación de las tarifas contractuales y el respaldo al proyecto pleno”*** (el resaltado es del texto original).

Por ello, el diez (10) de agosto siguiente, la ANI, por conducto de su Presidente, le indicó al Concesionario que podía iniciar el cobro de las tarifas de los peajes de Yucao y Casetabla, según lo previsto en la Resolución 1130 de 2015 *“a partir de las 00 horas del jueves 11 de agosto de 2016.”*

Con esa convicción no se presentó la condición pactada en el Otrosí No. 3 para reestablecer el caso base y convenir una modificación sobre el alcance contractual y así le fue señalado al Concesionario en comunicación del catorce (14) de septiembre siguiente.

El cuatro (4) de noviembre de ese año se suscribió el Otrosí No. 5 del Contrato mediante el cual se suspendió, de común acuerdo y por el término de treinta (30) días, el cumplimiento de la obligación de consecución del cierre financiero del Contrato, para evaluar durante este periodo la viabilidad del contrato, según solicitud del concesionario por la respuesta a sus requerimientos de la Banca Nacional en relación con la *“financiación del proyecto Malla Vial del Meta”* y por la necesidad de evaluar el impacto de las variables macroeconómicas respecto de las condiciones financieras del proyecto.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

Luego, mediante Otrosí No. 6 del veintiuno (21) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), las partes acordaron suspender el cumplimiento de la obligación de acreditación del cierre financiero prevista en el Contrato por el lapso comprendido entre su suscripción y el pronunciamiento ejecutoriado que emita este tribunal de arbitramento, o el acuerdo conciliatorio ejecutoriado al que lleguen las partes o el término de un (1) año, lo primero que ocurra, conforme con las consideraciones plasmadas en el mismo. En tal otrosí no hubo pacto alguno respecto al cumplimiento de la obligación de Giro de Equity o suspensión de su ejecución, por lo que la ANI alega que se mantuvo sin alteraciones.

Sin embargo, el Concesionario sí reclamó la suspensión de dicha obligación, lo cual obtuvo concepto negativo de la Interventoría. Paralelamente el Concesionario solicitó a este Tribunal, como medida cautelar, la suspensión de la obligación del pago de Equity, que fue inicialmente negada.

El veintinueve (29) de mayo de dos mil diecisiete (2017) se hizo exigible la obligación del tercer giro de Equity, sin que el concesionario ejecutara la prestación a su cargo, incumpliendo así el contrato celebrado con la ANI.

El treinta y uno (31) de mayo de dos mil diecisiete (2017), considerando el concepto previo de interventoría, la ANI dio respuesta a la solicitud del concesionario sobre la suspensión del giro del Equity y le indicó que no consideraba viable *“en las condiciones actuales del Contrato de Concesión la suscripción de un Otrosí modificatorio, que tenga como objeto la suspensión de la obligación de giro de equity y fondeo de subcuentas. El concesionario debe continuar dando cumplimiento a todas las obligaciones pactadas en el contrato de concesión y sus respectivos documentos modificatorios”*.

Bajo la premisa de haberse presentado un incumplimiento por parte del Concesionario, la Interventoría, en comunicación 2017-306-017229-1, le concedió un periodo de cura para el saneamiento del incumplimiento.

Sin embargo, el veintinueve (29) de junio del mismo año, el concesionario reiteró la solicitud de suspensión de la obligación, que fue negada por la ANI al día siguiente mediante comunicación escrita. Además, el Concesionario solicitó que se ampliara el periodo de cura al máximo pactado contractualmente, que en esos términos fue acogido.

Ante la nueva negativa de la entidad sobre la suspensión referida, el Concesionario insistió en su solicitud y con ocasión a las negociaciones adelantadas con él y para buscar la forma de dar continuidad al proyecto, se solicitó a la interventoría su concepto *“frente a la posibilidad de suspender el periodo de cura durante seis meses para permitir que se subsane el incumplimiento durante ese lapso”*.

Por ello, las partes, a través del Acta de entendimiento con fecha 28 de julio de 2017, con el previo concepto favorable de la Interventoría, acordaron *“suspender el periodo de cura del tercer giro de Equity precisando que en caso de no existir una conciliación el término se reanuda a partir del veintidós de diciembre del año en curso”*, sin que en el entender de la ANI ello comporte suspensión de la obligación, ni condonación o modificación del

alcance de la prestación. También acordaron que *“para la subsanación del incumplimiento el pago del tercer giro de Equity debía actualizarse a la fecha de pago efectivo”*.

A la fecha de presentación de la reforma de la demanda de reconvención -quince (15) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)- no se ha realizado el tercer giro de Equity por parte del concesionario, con los consecuentes perjuicios a la entidad convocada.

6.2 Contestación a la Demanda de Reconvención Reformada y Excepciones Interpuestas

Por su parte, Concesión Vial de Los Llanos S.A.S. al contestar la Demanda de Reconvención Reformada, se opuso a la prosperidad de las pretensiones planteadas en su contra y como medios de defensa arguyó los siguientes:

“3.1. INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES.

“3.2. EL CUMPLIMIENTO DEL CONCESIONARIO DE TODAS SUS OBLIGACIONES LEGALES Y CONTRACTUALES.

“3.2.1. DE SUS OBLIGACIONES ASUMIDAS EN LOS 6 OTROSÍES SUSCRITOS.

“3.3. EL INCUMPLIMIENTO DE LA ANI DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 004 DE 2015.

“3.4. LA INVIABILIDAD DE EJECUCIÓN DEL PROYECTO: LA OCURRENCIA DE HECHOS IMPREVISIBLES O LA NECESIDAD DE REVISIÓN DEL CONTRATO.

“3.5. LOS ACERCAMIENTOS DE LAS PARTES Y LOS ACUERDOS “ROTOS” O LA MALA FE DE LA ENTIDAD CONTRATANTE.

“3.6 AUSENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE LAS CAUSAS QUE GENERARON UN DESPLAZAMIENTO DE LA EJECUCIÓN DE OBRA Y EL SUPUESTO PERJUICIO QUE RECLAMA ANI ADUCIENDO DESPLAZAMIENTO DE INVERSIÓN.

“3.7 GENÉRICA.”

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1 Presupuestos procesales

Los “presupuestos procesales”⁷⁵ concurren en el proceso, como pasa a explicarse.

Las partes acreditaron su existencia y representación legal, han comparecido por medio de sus representantes legales y sus apoderados judiciales, ostentan capacidad procesal, facultad dispositiva y en desarrollo del derecho fundamental de acceso a la justicia, su libertad contractual o de contratación, autonomía privada dispositiva, están autorizadas por el ordenamiento jurídico para acudir al arbitraje en procura de solución de sus controversias contractuales y acordar pacto arbitral en los contratos estatales (artículos 116 de la Constitución Política; 8º y 13 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, 270 de 1996; 3º de la Ley 1285 de 2009; Ley 1563 de 2012; 14 de la Ley 1682 de 2013).

El Tribunal se instaló en debida forma, asumió competencia, decretó y practicó las pruebas solicitadas, garantizó en igualdad de condiciones el debido proceso y es competente para juzgar en derecho las diferencias contenidas en la demanda principal reformada, la demanda de reconvención reformada, sus respectivas réplicas y excepciones, por concernir a asuntos litigiosos, dudosos e inciertos, susceptibles de disposición, transacción y de naturaleza patrimonial, derivados de la celebración y ejecución del Contrato de Concesión No. 004 del cinco (5) de mayo de dos mil quince (2015). La demanda inicial se presentó el primero (1º) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), durante la ejecución del Contrato y sin que se hubiera dado lugar a su liquidación, por lo cual, la acción relativa a controversias contractuales se ejerció antes del término de caducidad consagrado en la Ley 1437 de 2011.

Debe señalarse que en la contestación a la Demanda de Reconvención Reformada, la Demandante formuló la excepción de indebida acumulación de pretensiones. A tal efecto se refirió a las pretensiones cuarta y quinta y señaló que “*Incluír -lo que solo está en el imaginario del señor apoderado- una supuesta “condición” para el cumplimiento de la obligación cierta, plena y exigible, sin sometimiento al acontecer de hecho alguno, de revisión del Caso Base, consignada en el Otrosí No. 3 al Contrato de Concesión No. 004 de 2015, constituye un yerro esencial en la formulación de la pretensión, por cuanto la tan mencionada ‘condición’ es “INEXISTENTE”*”. A tal efecto se refirió a la naturaleza de las condiciones y lo que se pactó por las partes. Desde esta perspectiva es claro para el Tribunal que dicha excepción no se refiere a la indebida acumulación de pretensiones, sino a una discusión de fondo. Por consiguiente, no existe vicio en el proceso desde este punto de vista.

Tampoco se observa causa de nulidad del proceso y en los diversos momentos en que se efectuó control de legalidad de la actuación ninguno de los intervinientes hizo reparos, ni tampoco el Tribunal estableció la necesidad de sanear la actuación.

⁷⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 19 de agosto de 1954. M.P. Manuel Barrera Parra.

2 El contrato, su existencia, validez y régimen aplicable

2.1 Las pretensiones de la Demanda Principal Reformada

En las pretensiones primera, vigésima novena, trigésima y trigésima primera de la Demanda Principal Reformada, la Demandante solicitó:

“PRETENSIÓN PRIMERA: Que se declare que el 5 de mayo de 2015, la sociedad CONCESION VIAL LLANOS S.A.S. y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI celebraron el Contrato de Concesión No. 004, bajo el esquema de Asociación Público Privada (APP) de Iniciativa Privada, con el objeto de: “Realizar los estudios y diseños definitivos, financiación, gestión ambiental, predial y social, construcción, mejoramiento, rehabilitación, operación, mantenimiento y reversión de la Concesión Malla Vial del Meta, de acuerdo con el Apéndice Técnico I y demás Apéndices del Contrato.

“PRETENSIÓN VIGÉSIMA NOVENA.- Que se declare que el Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 es un contrato estatal.

“PRETENSIÓN TRIGÉSIMA.- Que se declare que al Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 le es aplicable la normativa constitucional y legal que gobierna los Contratos de la Administración Pública colombiana, y en particular le son aplicables los artículos 4, 5, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993; 4 de la ley 1150 de 2009 y 13 de la ley 1682 de 2013.

“PRETENSIÓN TRIGÉSIMA PRIMERA.- Que se declare que la sociedad CONCESION VIAL DE LOS LLANOS S.A.S., contratista concesionario en el Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, es un contratista estatal.

2.2 Posición de las partes

2.2.1 Posición de la Demandante

Solicita la parte convocante, en el escrito de la Demanda Principal Reformada, que se declare que el 5 de mayo de 2015 se celebró el Contrato de Concesión No. 004, bajo el esquema de Asociación Público Privada de iniciativa privada, entre la CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI, con el objeto de realizar los estudios y diseños definitivos, la financiación, gestión ambiental, predial y social, y la construcción, el mejoramiento, la rehabilitación, operación, mantenimiento y reversión de la malla vial del Meta (pretensión primera).

Asimismo, solicita que se declare que el Contrato de Concesión No. 004 de 5 de mayo de 2015 es un contrato estatal y que le es aplicable el régimen jurídico que regula los contratos de la Administración Pública (pretensiones vigésima novena, trigésima y trigésima primera).

Como sustento de sus pretensiones, señala que luego de adelantar las etapas de prefactibilidad y factibilidad, la ANI, mediante Resolución No. 638 de 9 de abril de 2015,

adjudicó el Contrato de Concesión bajo el esquema de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada al originador ESTRUCTURA PLURAL AUTOPISTAS DEL META. Luego de la adjudicación, el 5 de mayo de 2015 se suscribió el Contrato de Concesión No. 004 entre la sociedad CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI.

2.2.2 Posición de la Demandada

En el escrito de contestación a la Demanda Principal Reformada, la ANI se opuso de manera general a todas las pretensiones formuladas por el Concesionario, por considerar que carecen de sustento jurídico y fáctico. Sin embargo, en la contestación al hecho 4.2.3, señaló que es cierto que la ANI profirió la Resolución No. 638 de 2015. Asimismo, en la contestación al hecho 4.3.1, manifestó que es cierto que el 5 de mayo de 2015 se suscribió el Contrato de Concesión No. 004 entre la sociedad CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI.

2.2.3 Posición de la ANDJE

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado manifestó que sus alegatos de conclusión que *“el 9 de abril de 2015, mediante Resolución No. 638 se adjudicó el Contrato de Concesión bajo el esquema de Asociación Público Privada al originador del proyecto y meses después el 5 de mayo de 2015 se firmó el Contrato de Concesión No. 004 de 2015”*.

2.2.4 Posición del Ministerio Público

El Ministerio Público manifestó en su concepto que *“se encuentra demostrado en el proceso y es un asunto que no se encuentra en discusión por las partes que el 20 de abril de 2012 el Grupo Odinsa S.A. presentó ante la ANI una propuesta de APP – IP que no requiere desembolsos de recurso públicos para su ejecución, que pasó a etapa de factibilidad el 6 de noviembre de 2012. El 5 de febrero de 2015 se aprobó la factibilidad y el 9 de abril de 2015 fue adjudicado el contrato de concesión, que finalmente se celebró el 5 de mayo de 2016.”*

2.3 Consideraciones del Tribunal

Procede el Tribunal a analizar lo relativo a la naturaleza del contrato suscrito por las partes y al régimen jurídico que le es aplicable. Igualmente, el Tribunal realizará las consideraciones conceptuales que corresponden sobre la asignación de riesgos en los contratos de concesión vial celebrados en el marco de las Asociaciones Público Privadas, pero las conclusiones referidas al análisis del caso particular sometido a consideración del Tribunal se presentarán en el acápite relativo a las bases del contrato y sus variaciones.

2.3.1 Aspectos Generales de las Asociaciones Público Privadas y los Contratos de Concesión de Cuarta Generación

La necesidad de adaptar los esquemas de contratación y financiación de proyectos de infraestructura a nuevas exigencias de calidad y eficiencia para la satisfacción del interés

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

general, con el fin de identificar nuevas fuentes de recursos complementarias al Presupuesto General de la Nación y diseñar instrumentos de gestión con participación el sector privado, dio paso a la expedición del documento Conpes 3615 de 2009, que recoge la iniciativa para la modernización y gestión de activos fijos públicos. En este documento, el Consejo Nacional de Política Económica y Social destacó la importancia de explorar la implementación de mecanismos de Asociación Público Privada, definida en los siguientes términos:

“Es una tipología general de relación público privada materializada en un contrato entre una organización pública y una compañía privada para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados en un contexto de largo plazo, financiados indistintamente a través de pagos diferidos en el tiempo por parte del Estado, de los usuarios o una combinación de ambas fuentes. Dicha asociación se traduce en retención y transferencia de riesgos, en derechos y obligaciones para las partes, en mecanismos de pago relacionados con la disponibilidad y el nivel del servicio de la infraestructura y/o servicio, incentivos y deducciones, y en general, en el establecimiento de una regulación integral de los estándares de calidad de los servicios contratados e indicadores claves de cumplimiento.”⁷⁶

De conformidad con lo anterior, las asociaciones entre el sector público y el sector privado permiten que este último participe en la financiación, diseño, construcción y operación de las obras de infraestructura, así como en la provisión de servicios públicos. Asimismo, debido a que se trata de una relación contractual de largo plazo, el sector privado se encarga de la gestión y mantenimiento de la infraestructura por el término de duración pactado. Por estas razones, en el documento Conpes 3615 de 2009 se fijó como plan de acción el diseño de una política pública para el uso de esquemas de Asociación Público Privadas.

En desarrollo de lo anterior, se expidió la Ley 1508 de 2012, que reguló en Colombia las Asociaciones Público Privadas (APP) como un *“instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan (sic) en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio”* (art. 1°). Se trata, en consecuencia, de un vehículo que le permite a la entidad estatal encargar a un inversionista privado el diseño y construcción de la infraestructura requerida, así como de todos sus servicios asociados, o la construcción, reparación, mejoramiento y equipamiento de la infraestructura ya existente, según lo consagra el artículo 3° de la Ley 1508 de 2012. Todas estas actividades deben comprender la operación y el mantenimiento de la infraestructura.

Sobre esta definición, el Consejo de Estado ha señalado:

⁷⁶ Consejo Nacional de Política Económica y Social. Documento Conpes 3615 de 28 de septiembre de 2009. *“Iniciativa para la modernización y gestión de activos fijos públicos”*.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

“De dicha definición legal se puede[n] extraer sus elementos: (i) es una herramienta de vinculación del capital privado, por lo que se constituye en un modelo o esquema para [dicho propósito]; (ii) que tiene como pieza clave la celebración de un contrato entre el sujeto privado y el Estado; (iii) a partir de un proyecto encaminado a proveer bienes públicos y los servicios con este relacionados; (iv) donde opera un claro fenómeno de transferencia de riesgos; (iv) así como la retención en los mecanismos de pago; (v) ligados a que pueda disponerse de una infraestructura o servicio con la calidad ofrecida.”⁷⁷

En la exposición de motivos del proyecto que daría lugar a la Ley 1508 de 2012, se destacó la importancia de la infraestructura de transporte para el desarrollo de los demás sectores de la economía, en la medida en que incrementa la conectividad de las regiones con los grandes centros urbanos y permite la adecuada prestación de los servicios públicos. En efecto, en los mencionados antecedentes normativos se consignó lo siguiente:

“En ese sentido, es necesario promover la competitividad, mediante el fortalecimiento del sector transporte en su arquitectura institucional, la profundización de la política y la regulación de servicios de transporte y a través de proyectos que permitan la participación privada en la oferta de bienes públicos, mediante esquemas de asociación público privadas (APP), así como mediante una mejor estructuración de los proyectos y el establecimiento de criterios de selección de alternativas de provisión de infraestructura, profundizando en el diseño de esquemas de financiación que promuevan el uso del mercado de capitales por el sector privado.”⁷⁸

En estos términos, las Asociaciones Público Privadas fueron concebidas como un esquema de colaboración entre el sector público y el sector privado para la financiación y provisión, en el largo plazo, por parte de este último, de infraestructura y sus servicios asociados. Con este instrumento se pretende incorporar a la gestión de los activos del Estado, las ventajas de la eficiencia del sector privado a partir de incentivos para que los particulares provean una adecuada construcción, operación y mantenimiento de la infraestructura requerida. Uno de estos incentivos es el relativo a la remuneración del particular, toda vez que el artículo 5° de la Ley 1508 de 2012 estableció que el derecho “al recaudo de recursos por la explotación económica del proyecto, a recibir desembolsos de recursos públicos o a cualquier otra retribución, en proyectos de asociación público-privada, estará condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas unidades funcionales o etapas del proyecto, y los demás requisitos que determine el reglamento”. En consecuencia, bajo este modelo que condiciona la remuneración de los inversionistas privados a la disponibilidad y el nivel del servicio de la infraestructura, los esquemas de Asociación Público Privada suponen una mayor transferencia de riesgos al sector privado bajo criterios de eficiencia, esto es, conforme a la capacidad de gestión del riesgo que cada sujeto pueda tener. Sin embargo,

⁷⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de 29 de enero de 2018. Rad. 57.421. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁷⁸ Congreso de la República de Colombia. Gaceta No. 823/11. Exposición de Motivos del Proyecto de Ley No. 160/11 del Senado y No. 149/11 de la Cámara de Representantes.

podrá pactarse el derecho a que la retribución se determine por unidades funcionales o por etapas.

Ahora bien, para efectos de poder adelantar un proyecto mediante una Asociación Público Privada, la ley exige, de manera general, dos requisitos principales, sin perjuicio de los que resulten necesarios para cada tipo de Asociación: (i) que el monto de la inversión sea igual o superior a seis mil (6.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes (art. 3°, parágrafo 1°); y (ii) que en la etapa de estructuración, los estudios económicos o de análisis de costo beneficio o los dictámenes comparativos, demuestren que la Asociación Público Privada es una modalidad eficiente o necesaria (art. 4°).

En cuanto a las características de la figura objeto de estudio, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

“Las APP se caracterizan por: (i) tener una larga duración; (ii) definir sus objetos alrededor de proyectos, lo que conlleva la previsión de actividades como el diseño, construcción y mantenimiento de la infraestructura pública sobre la que verse el contrato y/o los servicios asociados; (iii) contar con financiación privada o público-privada; (iv) establecer como forma de remuneración el otorgamiento del derecho a la explotación de la infraestructura o servicio, aunque en algunos casos es posible pactar el desembolso de recursos públicos; (v) condicionar la remuneración a niveles de calidad; (vi) trasladar parte importante de los riesgos al contratista –por ejemplo, los asociados al diseño, niveles de demanda, deterioro y mantenimiento de la infraestructura- según su capacidad y experiencia; y (vii) distribuir las tareas entre las partes de acuerdo con su experiencia y ventaja competitiva.”⁷⁹

La figura de las Asociaciones Público Privadas, definida en los anteriores términos, guarda especial relación con el contrato de concesión, y así lo reconoce expresamente la Ley 1508 cuando señala, en el artículo 2°, que *“las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas”*.

Como es conocido, el contrato de concesión se encuentra consagrado en el numeral 4° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993,⁸⁰ como aquel que celebran las entidades estatales con alguno de los siguientes objetivos: (i) otorgar a una persona llamada concesionario, la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio

⁷⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-595 de 20 de agosto de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁸⁰ *“Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.”*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

público; (ii) encargar al concesionario la construcción de una obra o bien destinados al servicio o uso público, incluidas todas las actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio; o (iii) la explotación de un bien de naturaleza estatal.⁸¹ Todo esto por cuenta y riesgo del concesionario, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorizaciones, en la participación que se le otorgue en la explotación del bien o en cualquier modalidad que las partes acuerden. Se trata de uno de los esquemas de contratación que, con anterioridad a la expedición de la Ley 1508 de 2012, permitía una mayor participación del sector privado en la gestión de los servicios y obras públicas, con una transferencia de riesgos al contratista.

Con posterioridad a la expedición de la Ley 1508 de 2012, el Consejo Nacional de Política Económica y Social expidió el documento Conpes 3760 de 2013, con el que presentó los lineamientos del programa de cuarta generación de concesiones viales (4G) bajo el esquema de Asociaciones Público Privadas. El documento mencionado se elaboró sobre la base de cuatro componentes: (i) la estructuración eficaz para la aceleración de la inversión en infraestructura; (ii) los procesos de selección que promuevan la participación con transparencia; (iii) la gestión contractual enfocada a resultados; y (iv) la distribución de riesgos. Con este fundamento, el objetivo del documento fue proponer los lineamientos para la estructuración de las concesiones 4G a partir de los principios de la Ley 1508 de 2012, pero con énfasis en los siguientes aspectos: (i) una mayor maduración de los estudios previos para la estructuración del proyecto, manteniendo la delegación de la responsabilidad del diseño definitivo en el concesionario para así incentivar la optimización del trazado y de la ingeniería del proyecto; (ii) el desembolso de la retribución de acuerdo con el cumplimiento de niveles específicos de disponibilidad y calidad de la infraestructura; (iii) mejoramiento de los criterios de identificación, distribución y retribución de los riesgos, para que sean administrados por el asociado que cuenta con mayor capacidad de administrarlos y mitigarlos; y (iv) incorporar nuevas herramientas legales para la solución alternativa de controversias.

En un reciente estudio elaborado por la Federación de Aseguradores Colombianos – FASECOLDA⁸², se señaló que dos de las características principales de las concesiones de cuarta generación son: (i) el pago por disponibilidad, que supone que la retribución a la que tiene derecho el contratista se paga en la medida en que la obra o servicio esté disponible, es decir, cuando está en uso y cumple con los niveles de servicio o estándares de calidad definidos en el contrato (artículo 2.2.2.1.9.4 del Decreto 1082 de 2015); y (ii) la distribución de riesgos, sobre lo que se profundizará más adelante.

⁸¹ “En otras palabras, y como en otra ocasión lo ha expresado la Sala, puede definirse la concesión como el procedimiento por medio del cual una entidad de derecho público, llamada concedente, entrega a una persona natural o jurídica, llamada concesionario, el cumplimiento de uno de los siguientes objetivos: Prestación de un servicio público, o la construcción de una obra pública, o la explotación de un bien estatal”. Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 19 de junio de 1998. Rad. No. 10.217. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Posición reiterada en varias sentencias: ver al respecto, por ejemplo, sentencias de 30 de noviembre de 2006 (expediente No. 13074. C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez) y de 18 de marzo de 2010 (expediente No. 14.390, C.P. Mauricio Fajardo Gómez).

⁸² Araujo, Juan Pablo & Sierra, Ana Cristina. *Concesiones de cuarta generación. Impacto sobre los seguros de cumplimiento*. Federación de Aseguradores Colombianos – FASECOLDA. Febrero de 2013.

Las concesiones de cuarta generación, dentro de este marco general, se caracterizan entonces por una participación activa del sector privado en el diseño, estructuración, ejecución y mantenimiento de la infraestructura pública, lo que supone a su vez una mayor asunción de riesgos para incentivar una planeación y un desarrollo eficientes. Al pactarse bajo esquemas de Asociaciones Público Privadas, estas concesiones son de larga duración, cuentan con financiación privada o público - privada y condicionan la remuneración del contratista a niveles de calidad. En este sentido, la doctrina señala:

“El papel fundamental de las APPS es diferir el pago de la obra a través de vigencias futuras, atrayendo inversionistas privados para que estos financien la ejecución del proyecto y después reciban los pagos correspondientes que se acordaron contractualmente, supeditados al cumplimiento de ciertos niveles de servicio y a la provisión de los que se acuerden, incluyendo la remuneración del capital invertido a través de una tasa de retorno (...). Lo anterior, con un elemento fundamental: permitir efectuar transferencias de riesgos del sector público al sector privado, buscando que quien esté en mejores condiciones de asumir el riesgo sea quien lo retenga.”⁸³

En conclusión, las Asociaciones Público Privadas son un modelo contractual de largo plazo, de vinculación de capital privado para la construcción, operación y mantenimiento de una infraestructura o de un bien o servicio público, con una transferencia de riesgos de la entidad estatal contratante al inversionista privado y una remuneración supeditada al cumplimiento de niveles de calidad en el servicio. En todo caso, al tratarse de contratos estatales, se encuentran sometidos a lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, salvo en las materias particularmente reguladas en la Ley 1508 de 2012, lo que incluye la aplicación y observancia de los principios de la actividad contractual de la Administración Pública.

2.3.2 Particularidades de las Asociaciones Público Privadas de Iniciativa Privada

La Ley 1508 de 2012 estableció dos tipos de Asociaciones Público Privadas: (i) las de iniciativa pública y (ii) las de iniciativa privada, de acuerdo con el sujeto que realice la estructuración del proyecto, esto es, si lo hace la entidad estatal o un particular interesado⁸⁴. Igualmente, dispone la ley que en cualquiera de estas dos modalidades podrá haber o no aportes de la entidad pública contratante, según se defina en la estructuración del proyecto. Debido a esta particularidad, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

⁸³ Baquero Neira, Alexandra. *La estructuración de asociaciones público-privadas sostenibles: reflexiones sobre algunos aspectos presupuestales*. Capítulo en: Benavides, José Luis (compilador). *Estudios sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas*. Ed. Universidad Externado de Colombia (2014). pg. 17.

⁸⁴ Es pertinente señalar que la modalidad de Asociación Público Privada de iniciativa privada encuentra un antecedente en la Ley 80 de 1993, que en el parágrafo 2º del artículo 32 consagraba la posibilidad de que personas interesadas en celebrar contratos de concesión para la construcción de una obra pública, presentaran una oferta en tal sentido a la respectiva entidad estatal, incluyendo la descripción de la obra, su prefactibilidad técnica y financiera y la evaluación de su impacto ambiental. Si la entidad encontraba que el proyecto era viable le correspondía ordenar la apertura de una licitación. Esta disposición fue derogada por el artículo 39 de la Ley 1508 de 2012.

“En efecto, (...) la Ley 1508 de 2012 establece la posibilidad de estructurar dos (2) modalidades principales de asociación público privada: APP de iniciativa pública y APP de iniciativa privada. Sin embargo, dado que en cualquiera de las anteriores puede haber o no aporte de recursos públicos, las modalidades de asociación público privada que pueden utilizarse en nuestro país son realmente cuatro (4), a saber: (i) APP de iniciativa pública sin aporte de recursos públicos; (ii) APP de iniciativa pública con aporte de recursos públicos; (iii) APP de iniciativa privada sin aporte de recursos públicos, y (iv) APP de iniciativa privada con aporte de recursos públicos.”⁸⁵

Desde esta perspectiva, las Asociaciones Público Privadas de iniciativa pública responden a un esquema en el que la entidad pública contratante se encarga de realizar los estudios previos del proyecto —técnicos, socioeconómicos, ambientales, prediales, financieros y jurídicos—, así como la descripción completa del proyecto, que incluye todo lo relacionado con su diseño, construcción, operación, mantenimiento y explotación. Asimismo, la entidad pública debe elaborar el modelo financiero del contrato y la tipificación, estimación y asignación de los riesgos. En lo que respecta al mecanismo de selección del inversionista privado, de conformidad con lo establecido en el artículo 9° de la Ley 1508 de 2012 y en el artículo 2.2.2.1.4.1 del Decreto 1082 de 2015, que subrogó el artículo 12 del Decreto 1467 de 2012, se deberá acudir a la licitación pública, regulada en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y demás normas reglamentarias. Sin embargo, en los términos del artículo 10 de la Ley 1508 de 2012, como particularidad de este esquema de contratación, se autoriza acudir a un sistema de precalificación que permite seleccionar de manera previa, por medio de un mecanismo público y abierto, a las personas que podrán presentar oferta dentro de la posterior licitación pública. Este sistema de precalificación se encuentra reglamentado en el artículo 2.2.2.1.4.5 del Decreto 1082 de 2015.

Por el contrario, las Asociaciones Público Privadas de iniciativa privada se caracterizan porque es el inversionista particular quien estructura el proyecto de infraestructura, por su propia cuenta y riesgo, y lo somete a consideración de las entidades estatales competentes. Al particular que identifica la necesidad y propone a la entidad pública el proyecto se le denomina “originador”. El régimen legal de esta modalidad de Asociaciones Público Privadas se encuentra recogido en el Título III de la Ley 1508 de 2012, del que se destaca el artículo 14, que establece las reglas para la estructuración de los proyectos por agentes privados, así:

“ARTÍCULO 14. ESTRUCTURACIÓN DE PROYECTOS POR AGENTES PRIVADOS. Los particulares podrán estructurar proyectos de infraestructura pública o para la prestación de sus servicios asociados, por su propia cuenta y riesgo, asumiendo la totalidad de los costos de la estructuración, y presentarlos de forma confidencial y bajo reserva a consideración de las entidades estatales competentes.

⁸⁵ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto No. 2382 de 8 de mayo de 2018. C.P. Álvaro Namén Vargas.

“El proceso de estructuración del proyecto por agentes privados estará dividido en dos (2) etapas, una de prefactibilidad y otra de factibilidad.

“En la etapa de prefactibilidad el originador de la propuesta deberá señalar claramente la descripción completa del proyecto incluyendo el diseño mínimo en etapa de prefactibilidad, construcción, operación, mantenimiento, organización y explotación del mismo, alcance del proyecto, estudios de demanda en etapa de prefactibilidad, especificaciones del proyecto, su costo estimado y la fuente de financiación.

“Para la etapa de factibilidad, la iniciativa para la realización del proyecto deberá comprender: el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto, justificación del plazo del contrato, análisis de riesgos asociados al proyecto, estudios de impacto ambiental, económico y social, y estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, financiera y jurídica del proyecto.

“En la etapa de factibilidad el originador del proyecto deberá anexar los documentos que acrediten su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, de experiencia en inversión o de estructuración de proyectos o para desarrollar el proyecto, el valor de la estructuración del proyecto y una minuta del contrato a celebrar que incluya entre otros, la propuesta de distribución de riesgos.

“En esta etapa se deberá certificar que la información que entrega es veraz y es toda de la que dispone sobre el proyecto. Esta certificación deberá presentarse mediante una declaración juramentada.

“No podrán presentarse iniciativas en los casos en que correspondan a un proyecto que, al momento de su presentación modifiquen contratos o concesiones existentes o para los cuales se haya adelantado su estructuración por parte de cualquier entidad estatal. Tampoco se aceptarán aquellas iniciativas que demanden garantías del Estado o desembolsos de recursos del Presupuesto General de la Nación, las entidades territoriales o de otros fondos públicos, superiores a los establecidos en la presente ley.

“Cuando existan varios originadores para un mismo proyecto tendrá prioridad para su estudio el primero que radique una oferta ante la entidad estatal competente y que posteriormente sea declarada por esta como viable.”

De la norma anteriormente transcrita se desprende que la estructuración de proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa privada se divide en dos etapas:

Una primera de prefactibilidad, en la que el originador de la propuesta debe presentar una descripción del proyecto que luego será revisada por la entidad estatal competente para establecer si es de su interés de conformidad con las políticas sectoriales, la priorización de los proyectos a desarrollar y la viabilidad de la propuesta. Para estos efectos, la entidad pública cuenta con un término máximo de (3) meses y podrá rechazar la iniciativa u otorgar

su concepto favorable para que el originador continúe con la estructuración del proyecto (art. 15).

Adicionalmente, en esta etapa, conforme lo establece el artículo 2.2.2.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015, que compiló el artículo 20 del Decreto 1467 de 2012⁸⁶, el originador debe presentar a la entidad competente, lo siguiente:

“(...) En esta etapa el originador de la iniciativa privada, presentará ante la entidad estatal competente como mínimo la siguiente información:

“1. Nombre y descripción completa del proyecto que incluye:

- 1.1. Nombre o razón social, domicilio, teléfono, correo electrónico y representante legal.*
- 1.2. Documentos que acrediten su existencia y representación legal.*
- 1.3. Diagnóstico actualizado que describa la situación actual del bien o servicio público.*
- 1.4. Descripción general del proyecto.*

“2. Alcance del proyecto:

- 2.1. Descripción de la necesidad a satisfacer.*
- 2.2. Población beneficiada.*
- 2.3. Actividades o servicios que asumiría el inversionista.*
- 2.4. Estudios de demanda en etapa de prefactibilidad.*
- 2.5. Cronograma general y plan de inversiones de las etapas de construcción y operación y mantenimiento del proyecto, según corresponda.*

“3. Diseño mínimo en etapa de prefactibilidad:

- 3.1. Descripción y estado de avance de los estudios disponibles de ingeniería, los cuales deberán estar mínimo en etapa de prefactibilidad. Los estudios deberán ser anexados.*
- 3.2. Cronograma de desarrollo de estudios y diseños.*

“4. Especificaciones del proyecto:

- 4.1. Diseño conceptual de la estructura de la transacción propuesta identificando actores financieros, operativos y administrativos involucrados.*
- 4.2. Identificación de factores que afectan la normal ejecución del proyecto entre otros, factores sociales, ambientales, prediales o ecológicos y propuesta inicial de mitigación de la potencial afectación para darle viabilidad al proyecto.*

“5. Costo estimado:

Estimación inicial de costos de inversión, operación y mantenimiento y sus proyecciones.

⁸⁶ Advierte el Tribunal que el Decreto 1467 de 2012 entró en vigencia el 6 de julio de 2012, de manera que es posterior a la fecha en que se presentó la oferta en el asunto que se analiza (20 de abril de 2012). Sin embargo, comoquiera que establece criterios que resultan útiles para la valoración del alcance de las obligaciones de las partes, se hace referencia a su contenido.

“6. Fuente de financiación:

6.1. Estimación inicial de los ingresos operacionales del proyecto y sus proyecciones.

6.2. Estimación preliminar de la necesidad de contar con desembolsos de recursos públicos.

6.3. Identificación y estimación de las potenciales fuentes de financiación.”

En esta etapa, la participación de la entidad estatal se limita a la revisión preliminar de la propuesta para determinar su coherencia con las políticas sectoriales y la priorización de proyectos, y a la verificación de que “contiene los elementos que le permiten inferir que la misma puede llegar a ser viable, sin que tal verificación genere ningún derecho al particular, ni obligación para el Estado”. Es decir, el examen por parte de la entidad estatal no implica un juicio de fondo acerca de la viabilidad de la propuesta, sino tiene por objeto apenas determinar la posibilidad de que el proyecto pueda llevarse a cabo.

Surtido el trámite anterior, sigue una segunda etapa de factibilidad, en la que el originador deberá aportar todos los documentos que acrediten su capacidad jurídica, financiera y su experiencia, así como el valor de estructuración del proyecto y una minuta del contrato que incluya la propuesta de asignación de riesgos. Dentro de esta etapa, la entidad estatal competente cuenta con seis (6) meses para la evaluación de la iniciativa, que podrá adelantar directamente o a través de terceros. En caso de considerar que la iniciativa es viable, le informará al originador las condiciones para la aceptación de su propuesta. Comunicada esta decisión, el originador podrá aceptar las condiciones de la entidad estatal o proponer alternativas. En todo caso, en un plazo no mayor a dos (2) meses desde la comunicación de la viabilidad, si no se llega a un acuerdo, se entenderá que el proyecto ha sido negado por la entidad pública (art. 16).

Conforme lo establece el artículo 2.2.2.1.5.5 del Decreto 1082 de 2015, que compiló el artículo 23 del Decreto 1467 de 2012, vigente para la fecha en que se declaró la prefactibilidad en el contrato objeto de análisis en esta decisión (6 de noviembre de 2012) y se tramitó igualmente la etapa de factibilidad, el originador deberá allegar los siguientes documentos para la presentación del proyecto en esta última etapa:

“Artículo 2.2.2.1.5.5. Etapa de Factibilidad. En caso que (sic), una iniciativa privada sea declarada de interés público, el originador de la propuesta deberá entregar el proyecto en etapa de factibilidad dentro del plazo establecido en la comunicación que así lo indicó.

“En la etapa de factibilidad se profundizan los análisis y la información básica con la que se contaba en etapa de prefactibilidad, mediante investigaciones de campo y levantamiento de información primaria, buscando reducir la incertidumbre asociada al proyecto, mejorando y profundizando en los estudios y ampliando la información de los aspectos técnicos, financieros, económicos, ambientales y legales del proyecto.

“Para la presentación del proyecto en etapa de factibilidad, el originador del proyecto deberá presentar como mínimo la siguiente información:

“1. Originador del proyecto

1.1. Documentos que acrediten su capacidad financiera o de potencial financiación, de acuerdo con lo definido por la entidad estatal competente.

1.2. Documentos que acrediten la experiencia en inversión o de estructuración de proyectos para desarrollar el proyecto, de acuerdo con lo definido por la entidad estatal competente.

“2. Proyecto

2.1. Nombre definitivo, ubicación geográfica y descripción detallada del proyecto y sus fases.

2.2. Diagnóstico definitivo que describa la forma mediante la cual se satisface la necesidad mediante la provisión del bien o servicio público.

2.3. Identificación de la población afectada y la necesidad de efectuar consultas previas.

2.4. Evaluación costo-beneficio del proyecto analizando el impacto social, económico y ambiental del proyecto sobre la población directamente afectada, evaluando los beneficios socioeconómicos esperados.

2.5. Descripción del servicio que se prestaría bajo el esquema de Asociación Público Privada.

2.6. Terreno, estudio de títulos, identificación de gravámenes, servidumbres y demás derechos que puedan afectar la disponibilidad del bien.

“3. Riesgos del proyecto

3.1. Tipificación, estimación y asignación definitiva de los riesgos del proyecto de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 80 de 1993, la Ley 448 de 1998, la Ley 1150 de 2007, los documentos CONPES y las normas que regulen la materia.

3.2. Análisis de amenazas y vulnerabilidad para identificar condiciones de riesgo de desastre, de acuerdo con la naturaleza del proyecto, en los términos del presente decreto.

“4. Análisis financiero

4.1. El modelo financiero en hoja de cálculo, detallado y formulado que fundamente el valor y el plazo del proyecto que contenga como mínimo:

4.1.1. Estimación de inversión y de costos de operación y mantenimiento y sus proyecciones discriminando el rubro de administración, imprevistos y utilidad.

4.1.2. Estimación de los ingresos del proyecto y sus proyecciones.

4.1.3. Estimación de solicitud de vigencias futuras, en caso que se requieran.

4.1.4. Supuestos financieros y estructura de financiamiento.

4.1.5. Construcción de los estados financieros.

4.1.6. Valoración del proyecto.

4.1.7. Manual de operación para el usuario del modelo financiero.

4.2. Diseño definitivo de la estructura de la transacción propuesta identificando actores financieros, operativos y administrativos involucrados.

“5. Estudios actualizados

5.1. Estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, financiera y jurídica del proyecto y diseño arquitectónico cuando se requiera.

5.2. Cuantificación del valor de los estudios detallando sus costos.

En todo caso, el originador especificará aquellos estudios que considera no se requieran efectuar o actualizar, teniendo en cuenta la naturaleza del proyecto o que se encuentran disponibles por parte de la entidad estatal competente y resultan ser suficientes para la ejecución del mismo. En todo caso, la entidad estatal competente establecerá si la consideración del originador es válida y aceptada.

“6. Minuta del contrato y anexos

6.1. Minuta del contrato a celebrar y los demás anexos que se requieran.

6.2. Declaración juramentada sobre la veracidad y totalidad de la información que entrega el originador de la propuesta.”

De la cita precedente se destaca que la etapa de factibilidad tiene por objeto ahondar o profundizar en los estudios y análisis que de manera preliminar se habían elaborado con el objetivo de presentar la propuesta en la etapa de prefactibilidad, ampliando la información en materias técnicas, financieras, económicas, ambientales y legales del proyecto. El originador debe entonces adelantar investigaciones de campo y reunir la información que le permita reducir la incertidumbre asociada al proyecto, esto es, que le permita precisar en detalle el objeto del proyecto, la forma en que se pretende satisfacer la necesidad identificada, el impacto social, ambiental y económico del proyecto, la tipificación y estimación de riesgos y la forma de mitigarlos, entre otros aspectos.

La intervención de la entidad estatal en esta fase de factibilidad versa sobre la viabilidad del proyecto y su concordancia con los intereses y políticas públicas, lo que no implica que asuma la responsabilidad frente al particular por los estudios y diseños realizados por este. A este respecto conviene recordar que, de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, viable es un adjetivo que significa “que, por sus circunstancias, tiene probabilidades de poderse llevar a cabo.” Lo anterior implica que el examen que la ley le encomendó a la entidad pública sólo implica considerar que el proyecto, a la luz de la información que le es sometida, tiene probabilidad de llevarse a cabo, pero no que la entidad estatal asume un proyecto por cuya ejecución ella puede responder.

En efecto, el juicio de viabilidad lo realiza la entidad sobre los estudios y diseños realizados por el particular por su cuenta y riesgo y ella no está obligada, porque la ley no se lo impone, a realizar un análisis a profundidad de dichos estudios y diseños, pues sólo debe verificar que es probable ejecutar el proyecto. El hecho de que el proponente actúe por su cuenta y riesgo implica que él debe asumir las consecuencias de sus estudios y diseños, y que no puede trasladar a la entidad pública las consecuencias de los errores en los mismos o el hecho de no considerar ciertos supuestos. Si bien la entidad realiza un estudio de viabilidad, dicho estudio lo hace con base en la información que le suministra el particular.

De esta manera, en las controversias relativas a contratos de concesión celebrados en desarrollo de una iniciativa privada, siempre deberá tenerse en cuenta que le corresponde

al particular que presenta la iniciativa privada asumir las consecuencias de los errores en la estructuración, así como de los riesgos que pudieron ser considerados.

2.3.3 El principio de planeación y el manejo de los riesgos en los contratos celebrados en desarrollo de esquemas de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada

El artículo 4° de la Ley 1508 de 2012 dispone que a los esquemas de Asociación Público Privada les son aplicables los principios de la función administrativa, de contratación y los criterios de sostenibilidad fiscal. Asimismo, en el inciso final de esa disposición se establece: *“estos instrumentos deberán contar con una eficiente asignación de riesgos, atribuyendo cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio”*. Adicionalmente, el último inciso del artículo 3° de la ley 1508 de 2012 establece: *“los procesos de selección y las reglas para la celebración y ejecución de los contratos que incluyan esquemas de Asociación Público Privada se regirán por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, salvo en las materias particularmente reguladas en la presente ley”*.

Dentro de este marco resulta relevante destacar el principio de planeación que rige en materia de contratación estatal, que se encuentra desarrollado en el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993⁸⁷, modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011. La norma mencionada dispone: *“previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda”*. En esta línea, el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007 estableció la obligación de incluir, en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, *“la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación”*. Así, para efectos de comprender el alcance y la forma en que debe operar la asignación de riesgos en los contratos estatales, corresponde primero hacer una breve referencia al principio de planeación.

El Consejo de Estado se ha pronunciado sobre el contenido del principio de planeación en los términos que a continuación se transcriben:

“La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido repetidamente que, en materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable, antes de asumir compromisos específicos en relación con los términos de lo que podrá llegar a ser un contrato y, por supuesto, mucho antes de su adjudicación y consiguiente celebración, la elaboración previa de estudios y análisis serios y completos encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o

⁸⁷ Algunas otras disposiciones normativas de las que surge el principio de planeación son: numerales 6, 7, 11, 13 y 14 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993; numeral 3 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993; y numerales 1 y 2 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993. Al respecto, ver: Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *Compendio de derecho administrativo*. Ed. Universidad Externado (2017). pg. 643.

modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos y análisis técnicos; (iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de los contratos, consultando las especificaciones, cantidades de los bienes, obras y servicios que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos presupuestales o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y la disponibilidad en el mercado nacional o internacional, de proveedores o constructores profesionales que estén en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deban reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato.

“Del aludido principio de planeación, con los perfiles y el alcance señalados en la Ley 80 de 1993, emergen con obviedad los deberes, la diligencia, el cuidado, la eficiencia y la responsabilidad con los cuales ha de conducir sus actuaciones todo administrador público a quien se le confía el manejo de dineros y recursos que en modo alguno le pertenecen, que son de carácter oficial, que han de destinarse a la satisfacción del interés general, en desarrollo de las funciones y precisas competencias atribuidas a la respectiva entidad, con miras al cumplimiento de los fines estatales y la satisfacción del interés general.”⁸⁸

El principio de planeación así entendido, tiene un alcance distinto según el tipo de contrato de que se trate y el proceso de selección al que deba acudir la entidad estatal para efectos de escoger al contratista, comoquiera que en algunos casos es posible que el proponente participe, en mayor o menor medida, en la etapa de estructuración para efectos de definir las condiciones del futuro contrato. Es el caso, por ejemplo, de los contratos que se celebran bajo el esquema de las Asociaciones Público Privadas, y, particularmente, de los de iniciativa privada, en los que el inversionista privado, en su calidad de originador del proyecto, es quien debe diseñar el proyecto y presentarlo a la entidad pública competente para su valoración. En efecto, conforme a lo establecido en la Ley 1508 de 2012 (art. 14) y en el Decreto 1082 de 2015, el originador debe elaborar y presentar, en la etapa de prefactibilidad, una propuesta que contenga, entre otros, una descripción del alcance del proyecto, estudios de demanda, costos estimados y fuentes de financiación. Por su parte, en la etapa de factibilidad, además de los documentos que acrediten su capacidad e idoneidad para llevar a cabo el proyecto propuesto, el originador debe aportar un diagnóstico definitivo del proyecto, la correspondiente tipificación, estimación y asignación de riesgos, el modelo financiero con la estimación de la inversión y de los costos de

⁸⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 13 de noviembre de 2013. Rad. 23829. C.P. Hernán Andrade Rincón.

operación y mantenimiento, y los estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial y financiera del proyecto. El originador, en este escenario, asume entonces una mayor carga en la planeación de lo que luego será el contrato estatal, puesto que es el sujeto que identifica la necesidad que se debe satisfacer, propone la alternativa para solucionarla y adelanta todas las gestiones necesarias para la estructuración del negocio.

No obstante lo anterior, la entidad pública contratante también interviene en la planeación y estructuración del proyecto, pero en un menor grado o intensidad al que es propio de los demás contratos y mecanismos de selección en los que es la entidad estatal la que identifica la necesidad, escoge el tipo de contrato, establece su objeto y elabora los pre-pliegos y los pliegos de condiciones definitivos en los que consigna, entre otros, la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

En el caso de las Asociaciones Público Privadas de iniciativa privada, el artículo 16 de la Ley 1508 de 2012 dispone que en la etapa de prefactibilidad la entidad estatal debe evaluar la propuesta y adelantar consultas a terceros y a las autoridades competentes. Asimismo, el decreto reglamentario dispone que *“la entidad estatal competente presentará para aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la valoración de las obligaciones contingentes”* (art. 2.2.2.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015), en forma previa a la evaluación de viabilidad de la propuesta en etapa de factibilidad y luego de haber realizado las consultas a terceros y autoridades competentes de que trata el artículo 16 de la Ley 1508 de 2012. Una vez sea aprobada la valoración de las contingencias, la entidad estatal competente presentará para concepto previo favorable al Departamento Nacional de Planeación o de la entidad de planeación respectiva en el caso de entidades territoriales, la justificación de utilizar el mecanismo de la Asociación Público Privada como modalidad de ejecución para el desarrollo del proyecto (art. 2.2.2.1.6.2 del Decreto 1082 de 2015). Surtido este procedimiento, la entidad estatal competente deberá evaluar la propuesta y emitir su aceptación con fundamento en dos criterios: (i) su viabilidad y (ii) su conformidad con los intereses y políticas públicas.

En lo que respecta al principio de planeación en el marco de las Asociaciones Público Privadas de iniciativa privada, recientemente el Consejo de Estado señaló lo siguiente:

“28.- Delimitado el principio de planeación es claro que es esencial su aplicación en toda la actividad contractual del Estado, por lo que comprende a los esquemas de APP, en los que la propia Ley 1508 de 2012 en su artículo 4 remite a los principios de la Ley 80 de 1993 y de la Ley 1150 de 2007.

“29.- Siendo esto es así (sic), las anteriores reglas cabe aplicarlas en los esquemas de APP cuando se trata de iniciativa privada, ya que en estos eventos el deber de planeación se radica en el originador quien está llamado a estructurar adecuadamente su propuesta, comprendiendo desde la etapa de pre factibilidad, como ocurre en el modelo tradicional con los estudios previos, todos las exigencias técnicas aplicables al proyecto, la delimitación presupuestal, la definición de cómo opera el criterio de oportunidad en el inicio, ejecución, precios y pago, las determinantes del mercado en el que

debe analizarse el proyecto, las exigencias jurídicas, los criterios de demanda, los riesgos, entre otros.

“(….)

“34.- Como puede verse, en el esquema de APP cuando es un particular quien es el originador de una iniciativa privada es este el que debe cumplir con el principio de la planeación y dar cumplimiento del deber correspondiente al mismo. Esto implica, que el particular debe realizar un debido proceso de planeación del negocio que le formula al Estado, ya que de seguir adelante y concretarse en la celebración del contrato respectivo y por un largo plazo se correspondería con la exigencia de optimización, racionalización y eficiencia en la inversión [que] para los recursos públicos puede representar la concreción del proyecto.”⁸⁹ (Negrilla fuera de texto)

Encuentra entonces el Tribunal que el principio de planeación es fundamental para el desarrollo de la actividad contractual, debido a que con él se garantiza que lo contratado por las entidades estatales efectivamente responda a las necesidades del interés público, así como la efectividad de los demás principios que ordenan la contratación administrativa, principalmente los de transparencia y economía. Y esto es así si se tiene en cuenta que el principio de planeación impone adelantar todos los estudios previos que permitan estructurar el negocio conforme a las exigencias propias de cada necesidad, definir el objeto del contrato, establecer los derechos y las obligaciones de las partes, fijar el valor del contrato y distribuir eficientemente los riesgos. Dada su relevancia, la planeación comprende, en materia de concesiones, la definición de *“los predios necesarios para llevar a cabo la construcción, los flujos de tránsito o la demanda del servicio (especialmente si la financiación provendrá del cobro de tasas como los peajes), los impactos ambientales y sociales, y las condiciones geográficas y climáticas del área a intervenir”*⁹⁰.

En virtud del principio de planeación, en consecuencia, las partes pueden establecer los riesgos asociados con la contratación y calcular los flujos económicos del proyecto para efectos de que los ingresos permitan cubrir los costos de su ejecución y generar una remuneración. La observancia de este principio en el marco de las Asociaciones Público Privadas de iniciativa privada, del que surgen deberes para las partes de actuar con diligencia, de obtener la información necesaria para la estructuración y diseño del proyecto y de informar a la otra parte involucrada en el negocio, entre otros, está en cabeza del inversionista privado. En efecto, como se indicó en párrafos anteriores, la Ley 1508 de 2012 dispone que, en la etapa de prefactibilidad, el originador es el encargado de definir el alcance de la propuesta, para lo cual debe describir la necesidad a satisfacer, identificar la población, las actividades y servicios que deberá desarrollar, los estudios de demanda, el costo estimado, la fuente de financiación y realizar una identificación y asignación preliminar de los riesgos. Y esto encuentra a su vez una razón de ser desde la perspectiva económica: imponerle al originador del proyecto la carga de planear adecuadamente el negocio supone

⁸⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de 29 de enero de 2018. Rad. 57.421. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-300 de 25 de abril de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

que, en línea de principio, deberá asumir los riesgos derivados de la deficiente estructuración, lo que incentiva al inversionista privado a ser más cuidadoso y diligente en la elaboración de su propuesta, para garantizar una adecuada gestión de los riesgos.

Este último aspecto, relativo a la asignación de riesgos en el contrato, adquiere una connotación especial cuando se trata de Asociaciones Público Privadas de iniciativa privada en las que la estructuración del proyecto de infraestructura se hace por cuenta y riesgo del inversionista privado. A esto ha de sumarse que en los casos en que la Asociación Público Privada se concrete en la celebración de un contrato de concesión, el numeral 4° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 dispone que en dicha modalidad contractual es el concesionario quien por su cuenta y riesgo debe encargarse de la construcción, explotación y conservación de una obra o bien, así como de todas las actividades necesarias para su correcto funcionamiento. Y la connotación especial es la siguiente: en la estructuración de un proyecto de infraestructura bajo el esquema de Asociación Público Privada de iniciativa privada, la definición y valoración de los riesgos le compete al originador, quien debe prever las contingencias asociadas al proyecto y debe asumir los riesgos previsibles y normales relacionados con la ejecución del objeto de la concesión, salvo aquellos que provengan del incumplimiento de la administración concedente o de situaciones externas e imprevisibles.

En este punto se debe recordar que la doctrina ha señalado que *“la responsabilidad derivada de la indebida o la falta de planeación de los contratos que instrumentan asociaciones público-privadas previa iniciativa privada, en principio, corresponde exclusivamente al agente privado que estructuró el proyecto de inversión, pues es a dicho agente a quien le corresponde hacer todos los estudios que permitan garantizar la viabilidad de la ejecución del contrato y que permitan evidenciar que no se trata simplemente de una improvisación; luego son sus acciones u omisiones las que pueden dar lugar a comprometer su responsabilidad. De esta manera, la responsabilidad de la entidad estatal se limita a advertir errores evidentes que, desde la formación del contrato, permitirían saber que el contrato es imposible de ser ejecutado o, al menos, que su ejecución no podría darse en los términos planteados por el agente privado”*⁹¹.

Procede entonces el Tribunal a estudiar lo relativo a la asignación y gestión de riesgos en las Asociaciones Público Privadas de iniciativa privada.

El régimen de los contratos estatales prevé que en ellos se debe incluir expresamente la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles. A tal efecto, el artículo 4° de la ley 1150 de 2007, citado en precedencia, estableció que en los pliegos de condiciones se debería incluir dicha estimación, tipificación y asignación.

Para precisar el alcance de la mencionada disposición es pertinente destacar que la expresión riesgo es empleada en materia contractual en diversas disposiciones con distintos significados. En efecto, por una parte, el artículo 1607 del Código Civil establece que el riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor, salvo

⁹¹ Santos Rodríguez, Jorge Enrique “Las asociaciones público-privadas de iniciativa privada y el cambio en la lógica contractual tradicional”. En Contratos Públicos: problemas, perspectivas y prospectivas. XVIII jornadas internacionales de derecho administrativo. Montaña Planta Alberto y Rincón Córdoba Jorjue Iván, editores. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2017. Pg. 699 a 700.

las excepciones que establece el Código Civil. Como lo han señalado la jurisprudencia y la doctrina la expresión riesgo en esta disposición alude a la asignación de las consecuencias económicas derivadas de la pérdida de la cosa por fuerza mayor o caso fortuito. Por otra parte, el artículo 2142 del Código Civil, al definir el contrato de mandato, precisa que por el mismo *“una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera”*. La expresión riesgo en esta disposición hace referencia a las consecuencias desfavorables que pueden presentarse como consecuencia de la ejecución del mandato. Asimismo, en materia de seguros el artículo 1054 del Código de Comercio dispone que para el contrato de seguro el riesgo es *“el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador”*. Como se puede apreciar, la calificación de un evento como un riesgo en materia de seguros deriva de la incertidumbre de su ocurrencia y del hecho de que no dependa de la voluntad del tomador, asegurador o beneficiario.

Ahora bien, en materia de contratación estatal, el Decreto 1510 de 2013, en su artículo 3º (actualmente recogido en el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015), definió los riesgos y señaló que el *“riesgo es un evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del Proceso de Contratación o en la ejecución de un Contrato”*. Es pertinente señalar que con anterioridad a la ley 1150 de 2007 y al Decreto 1510 de 2013, ya se habían adoptado políticas públicas en materia de asignación de riesgos en los contratos estatales. En efecto, el documento Conpes 3107 de 2001 que contiene la *“Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura”* estableció *“los lineamientos de Política de Riesgo Contractual del Estado”* (capítulo introductorio), y en ellos señaló que *“el concepto de riesgo en proyectos de infraestructura se puede definir como la probabilidad de ocurrencia de eventos aleatorios que afecten el desarrollo del mismo, generando una variación sobre el resultado esperado, tanto en relación con los costos como con los ingresos”*⁹². Este documento ha sido objeto de modificaciones y actualizaciones mediante los documentos Conpes 3133 de septiembre de 2001, 3714 de diciembre de 2011, 3760 de agosto de 2013 y 3807 de junio de 2014.

En el documento Conpes 3760 de 2013, relativo a las concesiones de cuarta generación, se definió el concepto de riesgo en los siguientes términos:

*“El concepto de riesgo, de forma general, es la probabilidad de observar una desviación, positiva o negativa, en el comportamiento de una variable respecto de los posibles resultados esperados. Dentro del desarrollo de este programa de concesiones viales de cuarta generación, los riesgos se entenderán como la probabilidad de ocurrencia y el posible impacto de diferentes eventos, que pueden materializarse durante la ejecución de los proyectos, que afecten los flujos de costos y de ingresos.”*⁹³

⁹² Consejo Nacional de Política Económica y Social. Documento Conpes 3107 de 3 de abril de 2001. *“Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura”*.

⁹³ Consejo Nacional de Política Económica y Social. Documento Conpes 3760 de 20 de agosto de 2013. *“Proyectos viales bajo el esquema de asociaciones público privadas: cuarta generación de concesiones viales”*.

En este contexto, el concepto de riesgo hace referencia a la posibilidad de ocurrencia de un evento que genere consecuencias adversas en el logro de los objetivos de la contratación o en la ejecución del contrato, usualmente afectando los costos que implica su cumplimiento o los ingresos que se reciben en su desarrollo. Se trata de contingencias cuya concreción afecta de manera negativa la ejecución del contrato en los términos pactados y altera desfavorablemente las condiciones del negocio, bien sea para una de las partes o para ambas. Y debido a que los contratos estatales de infraestructura tienden a ejecutarse en largos períodos de tiempo, son susceptibles de verse afectados por la ocurrencia de tales hechos, motivo por el cual la ley dispone que, en la etapa previa a la celebración del contrato, se deben tipificar, cuantificar y asignar los riesgos previsibles. Se destaca de este mandato que únicamente versa sobre los riesgos que las partes hayan previsto o debido prever al momento de celebrar el negocio, conforme a sus calidades, conocimientos, experiencia, capacidad técnica e información, cuya ocurrencia deberá ser asumida por el sujeto contractual al que le hayan sido asignados y hacen parte integral de la ecuación económica del contrato.

En lo que respecta al contrato de concesión en general, la cuestión relativa a la asignación de riesgos ha sido tratada a nivel arbitral en los siguientes términos:

“Los riesgos constituyen en estos términos un elemento de la esencia de la concesión, en cuyo marco son atribuidos al contratista aquéllos inherentes a su negocio o actividad comercial, vale decir, los que se encuentran en su órbita de manejo y control, criterio que debe ser tenido en cuenta para definir el esquema de riesgos del negocio y para valorar la tipificación, estimación y asignación de los mismos, entendiendo que «...una asignación adecuada de riesgos es aquella que minimiza el costo de su mitigación. Ello se logra asignando cada riesgo a la parte que mejor lo controla».”⁹⁴

Para efectos de la asignación eficiente de los riesgos, el Consejo de Estado ha diferenciado los riesgos que son inherentes a la ejecución del contrato de aquellos que son anormales⁹⁵. Los primeros son los riesgos propios del negocio que deben ser asumidos por el contratista, quien posee los conocimientos sobre el proyecto que se debe desarrollar. Se trata entonces de contingencias normales u ordinarias, de probable o frecuente ocurrencia en el tipo particular de proyecto que se va a ejecutar, razón por la que hacen parte de la órbita de control y administración del contratista. Por el contrario, los riesgos anormales son aquellos eventos o sucesos sorpresivos que en una sucesión ordinaria de acontecimientos no son de frecuente ni probable ocurrencia, motivo por el cual son de difícil o imposible previsión, y cuyos efectos exceden lo que puede ser asumido o controlado por el contratista. Respecto de los segundos, esto es, los riesgos anormales o sorpresivos, el contratista no tiene el deber de soportar los efectos nocivos de su ocurrencia.

⁹⁴ Tribunal de Arbitramento de Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. – CABG v. Instituto Nacional de Concesiones – INCO, hoy Agencia Nacional de Infraestructura – ANI. Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo de 13 de enero de 2016. Exp. 2121. Árbitros: Juan Pablo Cárdenas (presidente), Gabriel Jaime Arango Restrepo y Germán Gómez Burgos.

⁹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección. B. Sentencia de 6 de diciembre de 2013. Rad. 21.613. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

Cuando se trata de Asociaciones Público Privadas de iniciativa privada, se debe tener en cuenta que el artículo 14 de la Ley 1508 de 2012, ya mencionado, dispone en su primer inciso que *“los particulares podrán estructurar proyectos de infraestructura pública o para la prestación de sus servicios asociados, por su propia cuenta y riesgo, asumiendo la totalidad de los costos de la estructuración, y presentarlos de forma confidencial y bajo reserva a consideración de las entidades estatales competentes”*. De esta manera, la ley sienta el principio conforme al cual, cuando la iniciativa es de origen privado, el particular actúa en dicha estructuración por su propia cuenta y riesgo. En este punto debe observarse que dicha expresión supone, por una parte, que el particular asume contra su patrimonio los costos que implica dicha estructuración, pues es ello lo que caracteriza la actuación por cuenta, sin que en principio la entidad pública deba pagarle tales erogaciones, y, por otra, significa que el originador asume los riesgos propios de la estructuración, esto es las consecuencias desfavorables que puedan producirse por razón de dicha estructuración.

Ahora bien, como ya se señaló, en materia de contratación estatal el régimen legal se fundamenta en que los riesgos que se asignan son los previsibles, por lo que cuando se trata de riesgos imprevisibles se debe acudir a soluciones diferentes, como la que se deriva de la aplicación de la teoría de la imprevisión. Lo anterior, porque asignar un riesgo imprevisible conduciría a resultados que no son conformes con el interés público, toda vez que el contratista podría tratar de proteger sus intereses particulares por medio del incremento del costo del proyecto, y porque cuando se presente el riesgo imprevisible, el contratista podría no estar en capacidad de hacer frente al evento, lo que conduciría a que la obra no se ejecute con grave perjuicio para el interés público. En este sentido, se ha señalado que *“el concesionario es quien asume todos los riesgos o aleas normales o empresariales de la ejecución del contrato de concesión, esto es, los riesgos mencionados anteriormente [relativos a la operación material de la obra, financieros y comerciales], excluyendo obviamente aquellos relacionados con el incumplimiento de la administración concedente y aquellos relativos a hechos extraños al concesionario, constituyendo, entonces, una nota característica del contrato de concesión que la entidad concedente no asume la responsabilidad por el fracaso económico de la concesión”*⁹⁶.

El mismo principio debe aplicarse en materia de estructuración de Asociaciones Público Privadas de iniciativa privada. Es sólo en relación con los riesgos previsibles que el contratista puede anticiparlos y estimarlos para efectos de hacerles frente o asumirlos. Por consiguiente, cuando la Ley 1508 de 2012 dispone en materia de Asociaciones Público Privadas de iniciativa privada que el particular actúa por su cuenta y riesgo, ello implica que el interesado asume los riesgos previsibles que puedan derivarse del proceso de estructuración. En consecuencia, cualquier circunstancia que hubiera sido previsible y por ello debido ser tomada en cuenta dentro del proceso de estructuración, debe ser asumida por el particular interesado.

De conformidad con lo anterior, el originador del proyecto, encargado de la planeación del proyecto, es quien tiene el deber de identificar los posibles riesgos asociados con el negocio, estimar su impacto en el contrato en caso de que se lleguen a concretar y proponer a la entidad contratante una distribución de los mismos, atendiendo al criterio general de

⁹⁶ Rodríguez, Libardo. *El equilibrio económico en los contratos administrativos*. Ed. Temis (2009). pg. 117.

asignación eficiente conforme a la capacidad de cada parte de administrarlos y de mitigar su impacto (art. 4° de la Ley 1508 de 2012).

En términos generales, sobre la asignación de riesgos en estos esquemas de contratación, la jurisprudencia nacional explica lo siguiente:

*“Si se analizan los rasgos característicos de las APP se puede encontrar que (i) buscan «diferir el pago de la obra a través de vigencias futuras, atrayendo inversionistas privados para que estos financien la ejecución del proyecto y después reciban los pagos correspondientes que se acordaron contractualmente, supeditados al cumplimiento de ciertos niveles de servicio y a la provisión de los que se acuerden, incluyendo la remuneración del capital invertido a través de una tasa de retorno»; (ii) lo anterior implica que **bajo este modelo se produce una transferencia del riesgo de la administración pública al privado que plantea la iniciativa, por lo que resulta esencial examinar, verificar, analizar y calificar al sujeto que se encuentre en las mejores condiciones de asumir el riesgo** (...).”⁹⁷ (Negrilla fuera de texto)*

Este mismo criterio fue establecido en el documento Conpes 3760 de 2013, en el que se señala:

“En concordancia con lo anterior, para conseguir el desarrollo apropiado del programa, los riesgos deberán ser asignados contractualmente a quien esté en mejor capacidad de administrarlos, y a quien esté en mayor capacidad de gestionar los diferentes mecanismos de mitigación. Este manejo eficiente de riesgos contractuales se traduce en la minimización de los costos de mitigación, seguimiento y control de los mismos. En particular, en aquellos riesgos retenidos por la Nación y que sean susceptibles de constituirse como obligaciones contingentes.”⁹⁸

Con fundamento en lo anterior y en la noción de riesgo adoptada en el documento Conpes antes citado, se definieron los riesgos que necesariamente se debían tener en cuenta en los proyectos de Asociación Público Privada para infraestructura vial, sin perjuicio de aquellos que la Agencia Nacional de Infraestructura definiera en la matriz de riesgos de cada proyecto.

En particular en el citado documento se definieron “[l]os riesgos que como mínimo se deben tener en cuenta” en los proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa privada bajo el supuesto de que “el privado es quien cuenta con mayor información sobre el proyecto a

⁹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de 29 de enero de 2018. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁹⁸ Consejo Nacional de Política Económica y Social. Documento Conpes 3760 de 20 de agosto de 2013. “Proyectos viales bajo el esquema de asociaciones público privadas: cuarta generación de concesiones viales”, páginas 57 y 58.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

desarrollar y se encuentra en mejor posición para la correcta administración de los riesgos⁹⁹.

Los riesgos identificados son los siguientes:

Tabla 8 Riesgos en proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa privada

Riesgo	
Predial	Gestión Predial
	Mayores valores por adquisición predial
Obligaciones Ambientales	Gestión licencias o permisos
	Mayores valores por compensaciones socioambientales
	Obras no previstas requeridas por autoridades ambientales posteriores a expedición de licencias, no imputables al concesionario
Políticos/sociales	Movimiento, reubicación o imposibilidad de instalación de casetas, por decisiones de la ANI
	Invasión del derecho de vía
Redes	Mayores valores por interferencia de redes
Diseño	Mayores valores derivados de los estudios y diseños
Construcción/ Operación y mantenimiento	Variación de precios de los insumos
	Cantidades de obra
Comercial	Menores ingresos por concepto de peaje
Financiación	Obtención del cierre financiero
	Condiciones (plazo, tasas) y liquidez
	Insuficiencia de recursos para el pago de la interventoría por razones no atribuibles al concesionario
Cambiario	Variaciones del peso frente a otras monedas
Regulatorio	Compensaciones por nuevas tarifas diferenciales
	Cambios en normatividad
	Cambios en especificaciones técnicas ⁶³ (Tecnología de recaudo electrónico de peajes)
Túneles	Mayores cantidades de obra ⁶⁴
Fuerza Mayor	Eventos eximentes de responsabilidad en la adquisición predial
	Eventos eximentes de responsabilidad por interferencia de redes
	Fuerza mayor por demoras en la obtención de licencias ambientales, no imputables al concesionario
	Costos ociosos por eventos eximentes de responsabilidad
	Eventos asegurables
	Eventos no asegurables

⁹⁹ Consejo Nacional de Política Económica y Social. Documento Conpes 3760 de 20 de agosto de 2013. “Proyectos viales bajo el esquema de asociaciones público privadas: cuarta generación de concesiones viales”.

En las Asociaciones Público Privadas, como se ha explicado, existe una mayor transferencia de riesgos de la entidad pública contratante al inversionista privado, máxime cuando se trata de proyectos de iniciativa privada en los que, desde la etapa de prefactibilidad, es el originador del proyecto el profesional que tiene el deber de adelantar todos los estudios necesarios para identificar los riesgos asociados con el negocio, su estimación y su asignación al sujeto contractual que cuente con la capacidad para absorber sus efectos negativos. De esta manera, una vez asumido el riesgo, el contratista deberá, en principio, soportar las consecuencias adversas de su concreción. Asimismo, si el riesgo no fue oportunamente identificado y tipificado por el contratista, pero se trataba de un riesgo previsible dados los conocimientos del originador y las condiciones particulares del caso, que hacían probable su ocurrencia, el contratista deberá igualmente asumir los efectos derivados de la contingencia. De acuerdo con la doctrina:

“Los participantes deben reconocer en el contrato cuáles [riesgos] están involucrados en el proyecto, intentar mitigarlos y asignarlos a la parte que mejor pueda manejarlos. En este sentido, la asignación de riesgos es un esquema de colaboración [que] se articula mediante dos aspectos críticos: «La capacidad de las partes para asumir el riesgo; y el grado en que cada uno puede controlar o influir en el objetivo que se ve bajo riesgo, debiendo asignarse a la parte o agente que más control ejerza sobre él y que pueda gestionarlo con un menor coste bien porque más fácilmente puede asegurarlo o porque lo distribuya entre un mayor número de sujetos a la vez”¹⁰⁰.

Igualmente, se ha conceptualizado al respecto lo siguiente:

“Estos riesgos deben distribuirse entre el gobierno, la empresa privada, y los usuarios del proyecto. Irwin (...) ha expresado claramente el principio que debe utilizarse: el contrato debe asignar los riesgos y los derechos asociados con el fin de maximizar el valor del proyecto, considerando la capacidad de cada parte para influir, anticipar y absorber el riesgo, así como los costos de transacción.”¹⁰¹

Identificados los riesgos, corresponde entonces asignarlos a una de las partes del contrato, para cuyos efectos deberá evaluarse qué parte está en mejores condiciones de soportar el riesgo, gestionarlo y mitigar su impacto, conforme a su experiencia, la información que posee y la infraestructura con la que cuenta, entre otros factores. Por ello, resulta necesario determinar, adicionalmente, la causa que puede dar origen a cada contingencia para asignarla eficientemente.

Se concluye entonces que el principio de planeación propio de la contratación estatal tiene plena aplicabilidad en materia de Asociaciones Público Privadas, en virtud de lo cual le corresponde a la parte que estructura el negocio adelantar los estudios previos requeridos para identificar la necesidad a satisfacer, las actividades a desarrollar, los riesgos del

¹⁰⁰ Hernández Ucrós, María Mónica. *Asociaciones público-privadas. Comentarios especiales a la Ley 1508 de 2012 de la República de Colombia*. Ed. Universidad del Rosario (2014). pg. 26-27.

¹⁰¹ Engel, Eduardo; Fischer, Ronald; & Galetovic, Alexander. *Economía de las asociaciones público-privadas*. Ed. Fondo de Cultura Económica (2014). pg. 124.

proyecto y su costo, entre otros elementos relevantes. Cuando se trata de proyectos de iniciativa privada, la observancia de este principio y de los deberes que de él se derivan recae en el inversionista, quien en la etapa de prefactibilidad debe poner en conocimiento de la entidad competente toda la información recopilada para efectos de que esta valore si la iniciativa es viable. La intervención de la entidad pública en estos casos se limita a determinar si el proyecto es posible o no. Posteriormente, en la etapa de factibilidad, el originador debe finalizar la estructuración del negocio y presentar una propuesta final, y, de nuevo, la entidad estatal únicamente verifica la posibilidad de ejecutarla.

Como manifestación del principio de planeación, deben analizarse los posibles riesgos asociados con el tipo de proyecto que se pretende llevar a cabo, de manera que puedan anticiparse sus efectos y se asignen a la parte contractual que se encuentre en mejores condiciones para enfrentarlos en caso de que se concreten. Como criterios para la tipificación de los riesgos deberán seguirse las pautas establecidas en el documento Conpes 3760 de 20 de agosto de 2013, y se deberán tener en cuenta criterios de probabilidad, normalidad y frecuencia. En cuanto a su asignación eficiente, el originador deberá ponderar los conocimientos de cada extremo contractual en el área de que se trate, la infraestructura con que cuenta para enfrentar la contingencia, y los menores costos en que una de las partes incurriría para efectos de mitigar el riesgo, entre otros.

2.3.4 Análisis del caso concreto

En cuanto a la celebración del contrato de concesión objeto de este proceso ha de observarse que tanto la demandante (hechos 4.3.1 y 4.3.2 de la Demanda Principal Reformada) como la demandada (respuesta a los hechos 4.3.1. y 4.3.2), reconocen que el 5 de mayo de 2015 se firmó el Contrato de Concesión 004, aunque la demandada señala que su objeto es diferente del que se transcribe en la pretensión correspondiente.

Adicionalmente, copia de dicho contrato obra en el expediente (folios 35 y siguientes del Cuaderno de Pruebas número 1).

Ahora bien, en cuanto al objeto del contrato de que se trata se aprecia que en la Parte General del mismo se dispone, en el numeral 2.1., lo siguiente:

“2.1. Objeto.

“El presente Contrato de concesión bajo un esquema de asociación público privada de iniciativa privada en los términos de la ley 1508 de 2012, tiene por objeto el otorgamiento de una concesión para que, de conformidad con lo previsto en este Contrato, el Concesionario, por su cuenta y riesgo, lleve a cabo el Proyecto. El alcance físico del proyecto se describe en la Parte Especial y en el Apéndice Técnico 1.”

En la Parte Especial de dicho contrato se establece en el numeral 3.2 lo siguiente:

“3.2. Alcance del Proyecto.

“a) De conformidad con el Objeto del Contrato dispuesto en la Parte General el alcance del Contrato corresponde a los estudios y diseños definitivos,

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

financiación, gestión ambiental, predial y social, construcción, mejoramiento, rehabilitación, operación, mantenimiento y reversión de la Concesión Malla Vial del Meta de acuerdo con el Apéndice Técnico I y demás Apéndices del Contrato.”

Teniendo en cuenta lo anteriormente señalado, se accederá a la pretensión primera de la Demanda Principal Reformada con la precisión que resulta del texto del contrato sobre su objeto, y se declarará que el 5 de mayo de 2015, la sociedad CONCESION VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI celebraron el Contrato de Concesión No. 004, bajo el esquema de Asociación Público Privada (APP) de Iniciativa Privada, en los términos de la ley 1508 de 2012, cuyo objeto es el otorgamiento de una concesión para que de conformidad con lo previsto en dicho Contrato, el Concesionario, por su cuenta y riesgo, lleve a cabo el Proyecto cuyo alcance corresponde a los estudios y diseños definitivos, financiación, gestión ambiental, predial y social, construcción, mejoramientos, rehabilitación, operación, mantenimiento y reversión de la Concesión Malla Vial del Meta, de acuerdo con el Apéndice Técnico I y demás Apéndices del Contrato.

Ahora bien, como ya se señaló, los contratos de concesión que se celebren en desarrollo de la Ley 1508 de 2012 se sujetan a las reglas de esta ley, y así mismo a las de la Ley 80 de 1993. Esta última norma dispone en su artículo 32 que son contratos estatales *“todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación”*. Es decir, se acoge un criterio subjetivo en virtud del cual el contrato reviste la naturaleza de contrato estatal cuando en su celebración intervenga una entidad estatal de las allí definidas, categoría dentro de la que se encuentra la Agencia Nacional de Infraestructura, que corresponde a una Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, que se denominará Agencia Nacional de Infraestructura, adscrita al Ministerio de Transporte (art. 1° del Decreto Ley 4165 de 2011).

Por lo anterior, se accederá a la pretensión vigésima novena y se declarará que el Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 es un contrato estatal.

Así mismo se accederá a la pretensión trigésima y se declarará que al Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 le es aplicable la normatividad constitucional y legal que gobierna los Contratos de la Administración Pública colombiana, y en particular le son aplicables en aquello que no se oponga a lo dispuesto en la ley 1508 de 2012, los artículos 4, 5, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993; 4 de la ley 1150 de 2009 y 13 de la ley 1682 de 2013.

Igualmente, por las razones ya expuestas, se accederá a la pretensión trigésima primera y se declarará que la sociedad CONCESION VIAL DE LOS LLANOS S.A.S., contratista concesionario en el Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, es un contratista estatal.

3 Los antecedentes del contrato y sus bases

3.1 Las pretensiones formuladas

En la Demanda Principal Reformada se formularon las siguientes pretensiones:

“PRETENSIÓN SEGUNDA: Que se declare que la sociedad CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI celebraron el Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, conforme con las condiciones materiales, jurídicas, sociales y económicas contenidas en el Documento de Factibilidad entregado por la sociedad ODINSA S.A (en su condición de Originador) a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI el 20 de marzo de 2013.

“PRETENSIÓN TERCERA: Que se declare que el Documento de Factibilidad entregado por la Sociedad ODINSA S.A. (en su condición de Originador) a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI el 20 de marzo de 2013, contenía la siguiente información:

- 1. Modelo Financiero detallado y formulado que fundamenta el valor del Proyecto.*
- 2. Descripción detallada de las fases y duración del Proyecto.*
- 3. Justificación del Plazo del Contrato.*
- 4. Análisis de Riesgos Asociados al Proyecto.*
- 5. Estudio de Tráfico.*
- 6. Estudios de Factibilidad Técnica.*
- 7. Estudios de Factibilidad Económica.*
- 8. Estudios de Factibilidad ambiental.*
- 9. Estudios de Factibilidad Predial.*
- 10. Estudios de Factibilidad Financiera.*
- 11. Estudios de Factibilidad Jurídica.*
- 12. Documentos que acreditan la capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación de experiencia de inversión o estructuración de proyectos o para desarrollar el proyecto del Originador y sus miembros (Hoy Concesionario).*
- 13. El valor de la estructuración.*
- 14. Matriz de Riesgos.*
- 15. Declaración juramentada de veracidad de la información.*

“PRETENSIÓN CUARTA: Que se declare que el Documento de Factibilidad entregado por la Sociedad ODINSA S.A. (en su condición de Originador) a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI el 20 de marzo de 2013, cumplió con la totalidad de los requisitos exigidos por la Ley 1508 de 2012, sus decretos reglamentarios y las exigencias de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI.

“PRETENSIÓN QUINTA: Que se declare que el 5 de febrero de 2015, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI emitió CONCEPTO DE FACTIBILIDAD/VIABILIDAD a la propuesta de Iniciativa Privada presentada por la sociedad ODINSA S.A. (en su condición de Originador) por encontrarla conforme con los requisitos exigidos por la Ley 1508 de 2012, sus decretos reglamentarios y las exigencias de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, y particularmente con los requerimientos establecidos en el artículo 23 del Decreto 1467 de 2012 y en la Resolución 730 de 2012 proferida por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI.

“PRETENSIÓN SEXTA: Que se declare que fueron premisas esenciales del Caso Base del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, en cuanto hace a su factibilidad financiera, las siguientes:

“El contrato fue suscrito teniendo en cuenta los resultados del ejercicio financiero viabilizado por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA y con la respectiva debida diligencia ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para la compensación de los riesgos del proyecto.

“El modelo financiero de la propuesta determinó los siguientes resultados:

Tasas de deuda:

- IPC + 8.5%

Parámetro dimensionamiento deuda:

- DSCR mínimo: 1.10x

TIR Proyecto Nominal:

- 11,60%

TIR Proyecto Real:

- 8,35%

Estructura de Capital:

- Equity: 34%: \$523.481.688.839 (Pesos de diciembre de 2013)

- Deuda: 66%: \$1.021.565.692.378 (Pesos de diciembre de 2013)

- Equity: 34%: \$590.866.957.922 (Pesos corrientes)

- Deuda: 66%: \$1.160.000.000.000 (Pesos corrientes)

Valor Presente del Ingreso de Peajes (VPIP)

- VPIP: COP 2.449.000.000.000 (Pesos de diciembre de 2013)

- DTF: 4.36%

- Inflación Proyectada: 3%

“PRETENSIÓN SÉPTIMA. - Que se declare que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA — ANI conoció y evaluó el Modelo Financiero con el cual fue estructurado el Proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 004 de 2015, en su Etapa de Factibilidad.

“PRETENSIÓN OCTAVA.- Que se declare que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA — ANI encontró viables y factibles las premisas sobre las cuales el Originador elaboró el modelo financiero con el cual fue estructurado el Proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 004 de 2015, en su Etapa de Factibilidad.

“PRETENSIÓN NOVENA.- Que se declare que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA — ANI tuvo en cuenta el modelo financiero con el cual fue estructurado el Proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 004 de 2015, en su Etapa de Factibilidad.

“PRETENSIÓN DÉCIMA.- Que se declare que la metodología y las premisas utilizadas por el Originador para la elaboración del Modelo Financiero con el cual fue estructurado el Proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 son acordes a la teoría económica y financiera razonablemente implementada en la banca de inversión y en la estructuración de proyectos de infraestructura vial.”

Asimismo, en la Demanda de Reconvención Reformada se solicitó:

“DECIMOCTAVA. Que se declare que el Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015 al ser de cuarta generación no contempla la obligación de garantía de ingreso mínimo por parte de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA- ANI, o un valor estimado que genere prestación alguna en favor de la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.”

3.2 Posiciones de las partes

3.2.1 Posición de la Demandante

En primer lugar, la Demandante sostiene que la iniciativa privada cumplió a cabalidad los requerimientos legales. Igualmente señala que está acreditado que el modelo financiero contiene las premisas esenciales del caso base, el cual fue conocido y examinado por la ANI para evaluar la factibilidad del proyecto. Destaca que la ANI encontró viables y factibles las premisas del modelo, como se desprende de la comunicación 2015-200-002400-1 del 5 de febrero de 2015 en la que se señala que, una vez evaluados los aspectos técnicos, financieros y jurídicos, la entidad considera que la iniciativa cumple con los requerimientos establecidos. Advierte que de esta misma comunicación se desprende que la ANI tuvo en cuenta el modelo financiero. Agrega que la propuesta presentada incluía la matriz de riesgos del proyecto y así mismo se entregó el estudio de tránsito actual y proyecciones del tránsito futuro.

De esta manera, la ANI conoció los supuestos de estructuración del proyecto, con especial énfasis en los riesgos que su ejecución conllevaba, así como los resultados de los estudios que, respecto de los elementos constitutivos del ingreso del Concesionario, permitían la identificación de los riesgos asociados, particularmente, aquél relacionado con el tráfico.

Expresa que una vez validados y dados por ciertos los supuestos y premisas esenciales del caso base del Proyecto, la ANI impartió su aprobación, declaró su factibilidad y celebró con el hoy Concesionario el Contrato de Concesión respectivo.

Señala que la propuesta del Originador, así como la declaratoria de su factibilidad, se produjeron en el marco de las condiciones macroeconómicas vigentes en el país para la

anualidad de 2012-2013. Asimismo, las proyecciones del Originador tuvieron como fundamentos esenciales los consignados en el documento de propuesta, confirmados en el documento de factibilidad: (i) el Plan de Desarrollo 2010-2014 y sus presupuestos de crecimiento y expansión de la economía nacional; (ii) el estudio particular y detallado de las condiciones del sector de desarrollo del Proyecto y su área de influencia; y (iii) el tráfico particular y connatural al proyecto que utilizaría el corredor, asociado directamente con la industria del petróleo y servicios asociados.

Por otra parte, destaca, con base en los dictámenes periciales que obran en el proceso, que al comparar la media de las ratios de capital deuda tanto a nivel nacional como internacional para el sector transporte, puede concluirse que la relación considerada en la factibilidad está dentro de los parámetros esperados para este tipo de proyectos.

3.3 Posición de la Demandada

La Demandada no controvierte que la Demandante cumplió los requisitos legales y que por ello la entidad estatal emitió concepto de factibilidad y viabilidad. Asimismo, que revisó los documentos presentados, pero señala que le corresponde al Originador elaborar su propuesta cumpliendo el principio de planeación y que la entidad realiza la revisión en los términos que señala la ley.

A tal efecto, precisa que la obligación de la Agencia no es otra que valorar la propuesta (proyecto) presentada por el estructurador dentro de los parámetros establecidos por el ordenamiento jurídico (Ley 1508 de 2012 y Decreto 1467 de 2012), que la obliga a evaluar la propuesta con la finalidad de determinar su viabilidad y congruencia con los intereses públicos y los aspectos generales de la misma; sin que por ello pueda exigirse a la ANI un análisis detallado, minucioso y exacto del proyecto y convertirlo en “estructurador”, pues no es esta su función y con ello se desnaturalizaría la concesión bajo el esquema de APP de iniciativa privada.

La evaluación a la que hace referencia la norma no puede equipararse a una nueva estructuración del proyecto con base en los insumos proporcionados por el contratista. De aceptarse eso, sencillamente se estaría dejando de lado la finalidad de esta modalidad de contratación, afectando, además, su naturaleza.

Advierte que debe desestimarse el argumento de que la evaluación y declaratoria de factibilidad implican la asunción de riesgos; ello debido a que la asignación de riesgos se hace de conformidad con lo establecido en la Ley 1150 de 2007 y la Ley 1508 de 2012, siempre respetando la premisa de que estos son asumidos por quien esté en mayor capacidad de soportarlos. En el caso concreto, la asignación de riesgos se hace mayoritariamente al originador, debido a que precisamente al haber hecho la estructuración del proyecto, teniendo en cuenta todos los elementos técnicos, financieros, sociales y jurídicos, se encontraba en la capacidad y en la obligación de prever las contingencias eventuales que pudieran llegar a afectar la ejecución normal del contrato.

Destaca que la Sección Tercera, Subsección C, del Consejo de Estado, en sentencia del 29 de enero de 2018, señaló que el principio de planeación es transferido al sujeto privado —Originador—.

Señala que el Originador, hoy Concesionario, efectuó una evaluación incorrecta o deficiente en la realización de sus propios estudios, cálculos y valoraciones al momento de preparar su propuesta, respecto de la distribución de riesgos asignados y traducidos en la minuta del contrato de concesión.

Añade que la Entidad partió del entendido de que la información contenida en los estudios y documentos presentados en las raditaciones efectuadas por el Originador, hoy Concesionario, era veraz y era toda la que disponía el originador sobre el proyecto, por lo que la Entidad considera inadmisibles las posiciones de la parte convocante, quien pretende endilgarle corresponsabilidad a la Agencia por haber evaluado dichos estudios a través del Consultor contratado para el efecto, durante la etapa de factibilidad del Proyecto, omitiendo señalar que dicha evaluación se efectuó tomando como único insumo los estudios y documentos previos presentados por el Originador, ya que el fin que perseguía la contratación del Consultor Evaluador no era la de validar que la información utilizada para su construcción fuera acorde a la técnica que rige cada área, ya que no se hace una debida diligencia de la información, tal y como lo señaló la testigo Luz Elena Paternina en su declaración, en la medida en que la Entidad parte del entendido de que los estudios han sido contruidos por expertos y conocedores de las artes o actividades en el marco de las cuales ofrecen sus servicios.

Por lo anterior, el Originador, hoy Concesionario, es quién debe asumir las consecuencias vinculantes que se desprenden de sus propios actos voluntarios y perfectos jurídicamente, ya que la decisión de presentar una operación denominada Asociación Pública Privada de Iniciativa Privada sin desembolso de recursos públicos del Proyecto, en el que asumía riesgos, entre otros, el comercial en un 100%, traducida en una manifestación de su voluntad contiene un designio de alcance jurídico indudable, por lo que no es dable a la parte actora desconocer, ahora, el efecto jurídico que se desprende de su propia decisión.

3.4 Consideraciones del Tribunal

Consta en el proceso que por Resolución 730 de 2012¹⁰² la Agencia Nacional de Infraestructura, en desarrollo de lo dispuesto por la ley 1508 de 2012, otorgó concepto favorable *“a la propuesta de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada que no requiere desembolso de recursos públicos, presentada por el GRUPO ODINSA S.A.,..., para continuar con la estructuración del proyecto que tiene como objeto realizar los Diseños, la Construcción, la Operación y el Mantenimiento de la infraestructura vial denominada Anillo Vial y Accesos a Villavicencio, incluyendo el corredor Granada - Villavicencio Puerto López Puerto Gaitán - Puente Arimena, e iniciar la etapa de Factibilidad”*. En dicha Resolución se otorgó un plazo de cuatro meses para presentar lo exigido en el Apéndice

¹⁰² Dicha resolución obra a folio 3 del Cuaderno de Pruebas número 2 y por ella *“se otorga concepto favorable para que el Grupo Odinsa S.A., en calidad de originador de una propuesta continúe con la estructuración del proyecto de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada para el Corredor Vial Granada – Villavicencio – Puente Arimena, Anillo Vía de Villavicencio y Accesos a la Ciudad e inicie la etapa de factibilidad”*.

Técnico para la Etapa de Factibilidad, así como los requisitos y documentos adicionales que requiera la Entidad y los requisitos y documentos previstos en el artículo 14 de la Ley 1508 de 2012.

Mediante comunicación del 20 de marzo de 2013, la sociedad Organización de Ingeniería Internacional S.A. Grupo Odinsa S.A. entregó la documentación técnica solicitada en el artículo segundo de la Resolución 730 de 2012, la cual, según dicha comunicación, incluía¹⁰³:

- “1. *Modelo Financiero detallado y formulado que fundamenta el valor del proyecto.*
2. *Descripción detallada de las fases y duración del proyecto, justificación del plazo del contrato, análisis de Riesgos Asociados al proyecto, estudios de impacto ambiental, económico y social, estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, financiera y jurídica del proyecto.*
3. *Documentos que acreditan la capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación de experiencia de inversión o estructuración de proyectos o para desarrollar el proyecto.*
4. *Minuta del contrato a celebrar.*
5. *Matriz de Riesgos.*
6. *Declaración juramentada donde se certifica que la información que se entrega a la ANI con la presente comunicación, es veraz y es toda la que dispone el proyecto”.*

Por comunicación No. 2015-200002400-1 de 5 de febrero de 2015, el Vicepresidente de Estructuración (E) de la Agencia Nacional de Infraestructura dio respuesta al Originador en la que indicó que se cumplieron los requisitos del artículo 23 del Decreto 1467 de 2012 y señaló¹⁰⁴ que la propuesta “es VIABLE y acorde con los intereses y políticas públicas atendiendo las siguientes consideraciones: ...”.

A tal propósito la comunicación hace referencia:

- Al Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, que alude al mejoramiento de la capacidad de transporte y a las estrategias encaminadas a desarrollar la infraestructura de transporte según el DNP;
- A la función de la ANI de “*identificar, evaluar la viabilidad y proponer iniciativas de concesión u otras formas de Asociación Público Privada para el desarrollo de la infraestructura de transporte y de los servicios conexos o relacionados*”, prevista en el artículo 4º del Decreto 4165 de 2011;

¹⁰³ Documento titulado Radicación APP Factibilidad 20 de marzo de 2013, que obra en el DVD en el folio 5 del Cuaderno de Pruebas número 1

¹⁰⁴ Documento titulado Aceptación ANI DEF, en el DVD que obra a folio 7 del Cuaderno de Pruebas número 1. Igualmente, obra en el Cuaderno de Pruebas número 2, folios 7 a 21.

- A la facultad prevista por el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 de incluir cláusulas en los contratos que se consideren convenientes o necesarias dentro de los límites que dicho artículo establece;
- Al hecho de que el proyecto se encuentra “enfocado con el Plan Nacional de Desarrollo” y “ha sido uno de los proyectos priorizados por el Gobierno Nacional...”;
- A la circunstancia de que el Originador llevó a cabo la debida diligencia financiera, entregando la evaluación costo beneficio del proyecto social, económico y ambiental del proyecto, el Modelo Financiero en hoja de cálculo debidamente detallado y formulado, el cual incluye los supuestos financieros, la tipificación, estimación y asignación de los riesgos del Proyecto y la justificación de la utilización del mecanismo de asociación público privada;
- A que el Originador entregó todos los estudios técnicos requeridos para la Factibilidad Técnica del Proyecto, así como los requeridos para la Factibilidad Jurídica del Proyecto; y
- A que la minuta del contrato recoge los lineamientos generales del contrato estándar.

Es de destacar que en dicha comunicación se precisan unas condiciones adicionales bajo las cuales la Entidad aceptaría la Iniciativa Privada. Entre dichas condiciones se encuentra la capacidad financiera y se expresa que el Originador cumple con los requisitos en cuanto a patrimonio neto, capacidad de endeudamiento y cupo de crédito específico y se señala que “*el Originador acreditó su capacidad de endeudamiento de conformidad con lo expresado en la comunicación emitida por la ANI mediante la cual se aprueba la etapa de prefactibilidad...*”.

En cuanto al cupo de crédito, se prevé “*adjuntar una certificación de un cupo de crédito específico para este proyecto, de acuerdo con las siguientes condiciones*” y se señala que el mismo debe ser de \$161.668.588.163.

Por otra parte, dichas condiciones fueron aceptadas por el solicitante mediante comunicación del 5 de febrero de 2015¹⁰⁵ en la que expresó “*de manera clara, expresa e irrevocable que aceptamos en su integridad los términos y condiciones de la aprobación de la factibilidad del mencionado proyecto, contenidos en su comunicación identificada en la referencia y en sus documentos anexos y complementarios*”.

Por Resolución 638 del 9 de abril de 2015¹⁰⁶, la ANI decidió:

“ARTICULO SEGUNDO. Adjudicar el Contrato de Concesión bajo el esquema de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada para la ejecución del proyecto cuyo objeto es «Realizar los Estudios, diseños, financiación, construcción, operación, mantenimiento, gestión social, predial y ambiental respecto de los siguientes ítems a saber: i). Corredor Granada – Villavicencio –

¹⁰⁵ Comunicación que con el título Carta Aceptación Condiciones de Aprobación DEF, obra en el DVD que figura en el folio 5 del Cuaderno de Pruebas número 1.

¹⁰⁶ Folio 22 del Cuaderno de Pruebas número 2.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

Puerto López – Puerto Gaitán – Puente Arimena. ii). Anillo Vial de Villavicencio y Accesos a la Ciudad – Malla Vial del Meta», al originador ESTRUCTURA PLURAL AUTOPISTAS DEL META.”

En los considerandos de esta última Resolución se expresó:

“Que una vez agotadas las etapas de Prefactibilidad y Factibilidad establecidas en la Ley 1508 de 2012 y sus Decretos Reglamentarios, y efectuada la evaluación de los aspectos Técnicos, Financieros y Jurídicos del proyecto por parte del Consultor Evaluador contratado por la ANI, los cuales fueron verificados por la Vicepresidencia de Estructuración y la Vicepresidencia Jurídica de la Entidad, se considera que la iniciativa presentada cumplió a cabalidad con los requerimientos establecidos en el artículo 23 del Decreto 1467 de 2012.”

Así mismo en dichos considerandos se hace referencia a que:

- El Ministerio de Transporte emitió Alcance - Concepto Análisis de Riesgos de Proyecto, mediante comunicación MT 20151210009701 del 21 de enero de 2015;
- El Ministerio de Hacienda y Crédito Público emitió Concepto de Aprobación de la Valoración de Obligaciones Contingentes mediante comunicación N° 2-2015-001974 del 22 de enero de 2015;
- El Departamento Nacional de Planeación emitió concepto favorable a la justificación presentada de utilizar el mecanismo de Asociación Público Privada como modalidad de ejecución para el desarrollo del proyecto de la Asociación Público Privada de Iniciativa Privada “Malla Vial del Meta”;
- “El 31 de Enero de 2015, la señora Ministra de Transporte, presentó y sustentó ante el Consejo de Ministros las conclusiones del Estudio de Factibilidad presentado por el Originador y la correspondencia de estos con las condiciones del contrato de concesión, obteniendo concepto favorable de dicho órgano colegiado”;
- El Consejo Nacional de Política Social y Económica CONPES, emitió concepto previo favorable a la propuesta de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada presentada por el Originador, para que el contrato de concesión tenga un plazo de ejecución superior al previsto en el artículo 6o de la Ley 1508 de 2012; y
- El 5 de febrero de 2015, por comunicación No. 2015-200002400-1, el Vicepresidente de Estructuración (E) de la Agencia Nacional de Infraestructura, informó al Originador que la Entidad consideraba que la propuesta era viable y acorde con los intereses y políticas públicas atendiendo las consideraciones expuestas en dicho documento.

De todo lo anterior se desprende que, en cumplimiento de la Ley 1508 de 2012, ODINSA, como Originador, presentó un documento de factibilidad para desarrollar el Proyecto, que contenía la información a la que se ha hecho referencia y, en particular, un modelo

financiero detallado, un análisis de riesgos del proyecto, un estudio de tráfico y estudios de factibilidad. La ANI, por su parte, realizó la evaluación de los aspectos técnicos, financieros y jurídicos del proyecto. Así, consideró que la propuesta cumplió con los requisitos del Decreto 1467 de 2012 y que era viable, pero estableció algunas condiciones financieras, como era acreditar un cupo de crédito específico. Es claro que para que la Entidad pudiera pronunciarse sobre la viabilidad del proyecto, la misma conoció y analizó el modelo financiero que le fue entregado.

Sin embargo, debe destacarse que la función de la ANI era realizar una evaluación del proyecto para determinar su viabilidad, lo que, según se indicó en el acápite precedente, significa verificar únicamente que el proyecto *“tiene probabilidades de poderse llevar a cabo”*, por lo que no asumía el modelo como propio frente al Originador. Adicionalmente, la ANI tampoco asumía los eventuales riesgos derivados de la forma como se estructuró el modelo y sus supuestos, porque en las Asociaciones Público Privadas de iniciativa particular, el Originador estructura el modelo por su cuenta y riesgo, lo que implica que él debe, en principio, asumir las consecuencias del modelo que estructura y las contingencias que se presenten de acuerdo con la distribución de riesgos que propone. Finalmente, es el Originador quien debe hacer los estudios correspondientes y diseñar el proyecto, por lo cual el asume el deber de planeación que corresponde a este tipo de proyectos y debe asumir sus consecuencias, en los términos en que se señaló al estudiar el alcance y los efectos de este deber.

Es además pertinente señalar que el examen por parte de la Dirección de Crédito Público del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, respecto de los riesgos y las obligaciones contingentes, no implica una revisión completa del modelo ni de todos los supuestos presentados por el particular.

En efecto, si se examina el pronunciamiento del Director General de Crédito Público y Tesoro Nacional (DGCPTN) del Ministerio de Hacienda¹⁰⁷, se advierte que, en el mismo, dicho funcionario procede a dar aprobación a las obligaciones contingentes presentadas respecto del Proyecto de Iniciativa Privada denominada *“Malla Vial del Meta”*. A este respecto, señala la Dirección que el artículo 6 de la ley 448 de 1998 establece “que la DGCPTN debe aprobar las valoraciones de las obligaciones contingentes que realicen las entidades estatales que efectúen aportes al Fondo de Contingencias. Por ese motivo, cuando se trata de proyectos de APP en las que dicho fondo no sea el mecanismo previsto para atender la posible materialización de contingencias a cargo de la Nación, esta Dirección no tiene competencia para conceptuar sobre la idoneidad de los mecanismos. Esto por cuanto es la ANI quien los establece, toda vez que su definición e implementación es contractual y solo puede ser efectuada por la entidad estatal, que como parte del contrato tiene la función, los elementos técnicos y el criterio para evaluar su suficiencia”. Agrega que “esta aprobación se efectúa con base en los estudios que adelantó la ANI y las conclusiones a las que llegó en ese ejercicio, respecto de la confidencialidad (sic) de la calificación de riesgos (probabilidad e Impacto) y la suficiencia de los citados mecanismos de

¹⁰⁷ Oficio 20150122 del 22 de enero de 2015 Radicado 2-2015-001974. Dicha comunicación obra en el DVD que aparece en el folio 7 del Cuaderno de Pruebas número 1, y al folio 116 a 122 del Cuaderno de Pruebas número 2.

compensación de riesgos”. Agrega que, para la aprobación, la DGCPTN revisó la matriz de riesgo presentada, verificó si existen contingencias que se ubicaran dentro del área de riesgos determinada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público conforme a lo señalado en el artículo 45 del Decreto 423 de 2001 y evidenció, con base en la información suministrada, que el riesgo por sobrecostos en la adquisición predial se encuentra en la zona descrita y que los mecanismos de compensación son suficientes. De igual manera, se tuvieron en cuenta la certificación y el Anexo 7 “*Suficiencia de los Mecanismos de Compensación*”, entregados por parte de la ANI, en los que se evidencia que los mecanismos de compensación por riesgo resultan suficientes durante el plazo del contrato de concesión para los riesgos que pudieren tener un impacto significativo en el proyecto, como lo son: no instalación de casetas de peaje, no incremento de tarifas y sobrecostos ambientales y de redes.

Finalmente, señala *“que esta solicitud no se puede entender como una no-objeción a las condiciones financieras y las cláusulas contractuales que rigen las mismas, dado que ésta es una APPIP-SRP y no es competencia de la DGCPTN pronunciarse sobre tales aspectos”*.

Como se puede apreciar, el estudio elaborado por la Dirección de Crédito Público del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se refiere fundamentalmente a la existencia de obligaciones contingentes y al examen de la matriz de riesgo presentada para verificar si las contingencias se ubicaban dentro del área de riesgos determinada por el mencionado Ministerio. Asimismo, examinó que, de acuerdo con lo expuesto por la ANI, los mecanismos de compensación por riesgo resultan suficientes durante el plazo del contrato de concesión para los riesgos que pudieren tener un impacto significativo en el proyecto, como lo son: no instalación de casetas de peaje, no incremento de tarifas y sobrecostos ambientales y de redes. Es decir que el estudio del Ministerio de Hacienda se circunscribió a determinados aspectos.

De igual manera, el estudio del Departamento de Planeación Nacional no tenía por objeto analizar todos y cada uno de los aspectos del proyecto, sino que, de acuerdo con el artículo 32 del Decreto 1467 de 2012, tenía por objeto examinar *“la justificación de utilizar el mecanismo de Asociación Público Privada como modalidad de ejecución para el desarrollo del proyecto”*, para lo cual el Departamento Nacional de Planeación adoptó por Resolución 3656 de 2012, la Metodología del Comparador Público Privado, la cual, según la misma resolución, tiene por objeto establecer *“si la participación del sector privado en asociación con el sector público puede aportar más valor en el desarrollo del proyecto”*.

De lo anterior se concluye que las revisiones que realizaron las entidades públicas tenían unos propósitos claramente definidos y por ello eran limitadas y no implicaban, por consiguiente, que asumieran como propio el modelo elaborado por el Originador.

Por otra parte, la Demandante ha solicitado que se declare que la metodología y las premisas utilizadas por el Originador para la elaboración del Modelo Financiero con el cual fue estructurado el Proyecto, son acordes a la teoría económica y financiera razonablemente implementada en la banca de inversión y en la estructuración de proyectos de infraestructura vial.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

Al respecto, advierte el Tribunal que al perito Valora se le solicitó que en su dictamen respondiera la siguiente pregunta: *“Establecerá el perito, según su conocimiento y experiencia, la razonabilidad de la estructura de financiación (esquema financiero) prevista por el Concesionario, y si la misma es propia de proyectos de infraestructura bajo la modalidad de proyectos autofinanciables o ‘Project Finance’”*.

Para contestar dicha pregunta, el perito analizó la relación deuda/capital de 1.128 proyectos (página 62 del dictamen) y así mismo examinó proyectos del sector transporte en Colombia, con base en lo cual expresó: *“En resumen, al comparar la media de las ratios tanto a nivel nacional como internacional para el sector transporte puede concluirse que el ratio considerado en la Factibilidad está dentro de los parámetros esperados para este tipo de proyectos”*. Por consiguiente, está acreditado que la ratio deuda/capital del modelo financiero está dentro de los parámetros esperados en este tipo de proyectos.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal declarará que CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI celebraron el Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, conforme con las condiciones materiales, jurídicas, sociales y económicas contenidas en el Documento de Factibilidad entregado por la sociedad ODINSA S.A. (en su condición de Originador) a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI el 20 de marzo de 2013. En este sentido prospera la pretensión segunda de la Demanda Principal Reformada.

Igualmente, el Tribunal declarará que la Organización de Ingeniería Internacional S.A. Grupo Odinsa S.A. entregó a la ANI la documentación técnica solicitada en el artículo segundo de la Resolución 730 de 2012, la cual, según dicha comunicación, incluía:

- “1. Modelo Financiero detallado y formulado que fundamenta el valor del proyecto*
- “2. Descripción detallada de las fases y duración del proyecto, justificación del plazo del contrato, análisis de Riesgos Asociados al proyecto, estudio de tráfico, estudios de impacto ambiental, económico y social, estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, financiera y jurídica del proyecto.*
- “3. Documentos que acreditan la capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación de experiencia de inversión o estructuración de proyectos o para desarrollar el proyecto.*
- “4. Minuta del contrato a celebrar*
- “5. Matriz de Riesgos.*
- “6. Declaración juramentada donde se certifica que la información que se entrega a la ANI con la presente comunicación, es veraz y es toda la que dispone el proyecto.”*

En este sentido, prospera la pretensión tercera de la Demanda Principal Reformada. Igualmente, se declarará que la iniciativa presentada por la sociedad ODINSA cumplió a cabalidad con los requerimientos establecidos en el artículo 23 del Decreto 1467 de 2012, que reglamenta la Ley 1508 de 2012, y en la Resolución 730 de 2012 proferida por la

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI y los demás requisitos exigidos por la ANI. En este sentido prospera la pretensión cuarta de la Demanda Principal Reformada.

Asimismo, se declarará que el 5 de febrero de 2015 la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA expidió una comunicación por medio de la cual señaló que la propuesta presentada cumplía a cabalidad con los requerimientos establecidos en el artículo 23 del Decreto 1467 de 2012, que reglamenta la Ley 1508 de 2012, y que la propuesta “es *VIABLE y acorde con los intereses y políticas públicas*”¹⁰⁸. En este sentido prospera, la pretensión quinta de la Demanda Principal Reformada.

Por otra parte, al revisar el modelo financiero del proyecto que obra como anexo al dictamen elaborado por el experto Julio Villarreal¹⁰⁹, se encuentra que el mismo indica una tasa de deuda del IPC+8.50; que la TIR Nominal del proyecto es 11,60%; que la TIR real del Proyecto es 8,35%; que el valor del equity equivale al 34% del total y asciende a un valor de \$523.481.688.839 en pesos de diciembre de 2013, o a un valor de \$590.866.957.922 en pesos corrientes; que el valor de la deuda equivale al 66% y asciende a un monto de \$1.021.565.692.378 en pesos de diciembre de 2013, o a un monto de \$1.160.000.000.000 en pesos corrientes; que el Valor Presente del Ingreso de Peajes (VPIP) es de COP \$2.448.112.000.000 en pesos de diciembre de 2013; que el DTF utilizado es del 4,36 y que la inflación proyectada es del 3%. Por otra parte, no encuentra el Tribunal acreditado que el DSCR mínimo es 1.10x.

En la hoja de cálculo que acompañó el perito en la página de deuda se incluye un “covenant mínimo” de 1,200x (hoja deuda celda e155)¹¹⁰.

Por lo anterior, prospera la pretensión sexta de la Demanda Principal Reformada en lo que el Tribunal ha encontrado acreditado, esto es, que el modelo financiero de la propuesta determinó los siguientes resultados:

- Tasas de deuda:
 - IPC + 8.5%
- TIR Proyecto Nominal:
 - 11,60%
- TIR Proyecto Real:
 - 8,35%
- Estructura de Capital:
 - Equity: 34%: \$523.481.688.839 (Pesos de diciembre de 2013)
 - Deuda: 66%: \$1.021.565.692.378 (Pesos de diciembre de 2013)
 - Equity: 34%: \$590.866.957.922 (Pesos corrientes)
 - Deuda: 66%: \$1.160.000.000.000 (Pesos corrientes)
- Valor Presente del Ingreso de Peajes (VPIP)

¹⁰⁸ Comunicación 2015-200-002400-1 del 5 de febrero de 2015. Cuaderno de Pruebas No. 1, Folio 7, DVD.

¹⁰⁹ Folio 343 del Cuaderno de Pruebas número 2, DVD. Anexo denominado “APP Llanos 20141217 Entregable base Final VERSION ANI”.

¹¹⁰ Cuaderno de Pruebas No. 2, Folio 343, DVD. Anexo denominado “APP Llanos 20141217 Entregable base Final VERSION ANI”.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

- VIP: COP 2.448.112.000.000 (Pesos de diciembre de 2013)
- DTF: 4.36%
- Inflación Proyectada: 3%

Se declarará así mismo que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI conoció y evaluó el Modelo Financiero con el cual fue estructurado el Proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 004 de 2015, en su Etapa de Factibilidad, por lo cual prospera la pretensión séptima de la Demanda Principal Reformada.

Igualmente se declarará que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI encontró viables y factibles las premisas sobre las que el Originador elaboró el modelo financiero con el cual fue estructurado el Proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 004 de 2015, en su Etapa de Factibilidad, por lo cual prospera la pretensión octava de la Demanda Principal Reformada.

Asimismo, se declarará que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI tuvo en cuenta el modelo financiero con el cual fue estructurado el Proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 004 de 2015, en su Etapa de Factibilidad, por lo cual prospera la pretensión novena de la Demanda Principal Reformada.

También se declarará que la *ratio capital/deuda* considerada en el estudio de factibilidad está dentro de los parámetros esperados para este tipo de proyectos, por lo que en este sentido se decide la pretensión décima de la Demanda Principal Reformada.

En relación con la existencia o no de una garantía de ingreso mínimo por parte de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, en favor de la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S, considera el Tribunal lo siguiente:

El Contrato define los riesgos que asume el concesionario (numeral 13.2) y entre ellos incluye: “*Los efectos favorables o desfavorables de la variación del tráfico durante la vida del proyecto*”. Por otra parte, el Contrato estableció una compensación por riesgos la que, de conformidad con el numeral 3.5 de la Parte General del Contrato, opera “*En caso que se verifique la materialización de alguno de los riesgos a cargo de la ANI ...*” Por consiguiente, salvo los casos en que se materializa un riesgo a cargo de la ANI, que, según el Contrato de lugar a pagar una diferencia en los ingresos obtenidos frente a los proyectados, no existe una garantía de ingreso mínimo.

En todo caso es claro que en el Contrato se pactó un VIP y se estipuló que el Contrato terminará cuando se logre el mismo (Cláusula 2.4), pero ello no significa que el Contrato garantice un ingreso mínimo, porque también se establece que la etapa de Operación y Mantenimiento terminará ciento ochenta días previo al cumplimiento del Plazo Inicial del Contrato, que es de treinta años (numeral 1.127 del Contrato) aún en el caso en que llegada esa fecha el Concesionario no hubiere obtenido el VIP, y siempre que no haya lugar a la Compensación por Riesgo mediante el mecanismo de VIPPr.

De esta manera, el Contrato no contiene una garantía de ingreso mínimo. Por lo anterior se accederá a pretensión décima octava de la Demanda de Reconvención Reformada.

4 Las bases del contrato y la variación del tráfico

4.1 Las pretensiones de las partes

En las pretensiones de la Demanda Principal Reformada se solicitó:

“PRETENSIÓN DÉCIMA PRIMERA.- Que se declare que de acuerdo al Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, los únicos ingresos que puede recibir el Concesionario por concepto de remuneración (inversiones y costos) por la ejecución del contrato, según lo previsto en el literal b) del numeral 3.1 de la parte General del Contrato, provienen únicamente de: (i) Recaudo de la tarifa cobrada en las 5 estaciones de peaje existentes más una estación de peaje nueva; y (ii) Ingresos por explotación comercial en los términos del Contrato.

“PRETENSIÓN DÉCIMA SEGUNDA.- Que se declare que de acuerdo con el Modelo Financiero con el cual fue estructurado el Proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 los únicos ingresos previstos para el Concesionario son los derivados del recaudo de la tarifa cobrada en las 5 estaciones de peaje existentes más una estación de peaje nueva.

“PRETENSIÓN DÉCIMA TERCERA. - Que se declare que de conformidad con lo dispuesto en la Sección 3.1 "Retribución" del Capítulo III "ASPECTOS ECONÓMICOS DEL CONTRATO" del Contrato de Concesión No. 004 de 2015 el principal ingreso del Concesionario proviene del recaudo de peajes.

“PRETENSIÓN DÉCIMA CUARTA. - Que se declare que el tráfico del Proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 004 de 2015 constituye una de las premisas esenciales del Caso Financiero Base del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, en cuanto hace parte de su factibilidad financiera por ser determinante del ingreso único del Concesionario..

“PRETENSIÓN DÉCIMA QUINTA.- Que se declare que el tráfico del Proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 004 de 2015 determinante del Ingreso del Concesionario tuvo variaciones estructurales, sin causa o hecho imputable a la sociedad CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S., Contratista Concesionario, desde la fecha de entrega de los Estudios de Factibilidad por el Originador a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI hasta la fecha.

“PRETENSIÓN DÉCIMA SEXTA.- Que se declare que las variaciones definitivas y estructurales del tráfico del Proyecto, en tanto premisa esencial del Caso Base del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, en cuanto hace a su factibilidad financiera, devinieron estructurales en el contexto de la economía nacional, y particularmente en el contexto de la economía regional en la zona de ubicación del Proyecto en Concesión.

“PRETENSIÓN DÉCIMA SÉPTIMA.- Que se declare que en el Modelo Financiero del Proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, el Concesionario estimó variaciones del tráfico respecto del inicialmente previsto en un 5%, según la Matriz de Riesgos evaluada en la Etapa de Factibilidad del Proyecto en Concesión, todo lo cual fue revisado y evaluado por Departamento Nacional de Planeación, el Ministerio de Hacienda, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI y la firma evaluadora de la iniciativa privada.

“PRETENSIÓN DÉCIMA OCTAVA.- Que se declare que las estimaciones de incremento de tráfico realizadas por el Concesionario en el Modelo Financiero del Proyecto entregado en factibilidad del año 2013, son razonables e idóneas de acuerdo con el estudio histórico de la evolución del tráfico en la región en general y en la zona del Proyecto en particular, realizada por el Originador del Proyecto y base del modelo financiero del mismo.

“PRETENSIÓN DÉCIMA NOVENA.- Que se declare que las variaciones definitivas y estructurales del ingreso derivado del tráfico del Proyecto, en tanto premisa esencial del Caso Base del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, superan en el 45% las variaciones de ingreso inicialmente estimadas por el Concesionario.

“PRETENSIÓN VIGÉSIMA.- Que se declare que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993, el contratista podrá renunciar a la ejecución del contrato estatal cuando ‘las modificaciones alteran el valor del contrato en veinte por ciento (20%) o más del valor inicial.’

“PRETENSIÓN VIGÉSIMA PRIMERA.- Que se declare que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993, las variaciones estructurales en ingreso derivado del tráfico del Proyecto y la no aplicación de las tarifas contractuales, como premisas esenciales del Caso Financiero Base del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, superan el 45% de fluctuación respecto de lo previsto en el Modelo Financiero del Proyecto.

“PRETENSIÓN VIGÉSIMA SEGUNDA.- Que se declare que el Patrimonio Autónomo que administra los recursos del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 ha tenido un menor ingreso derivado de las afectaciones estructurales del tráfico del Proyecto y la no aplicación de las tarifas contractuales.

“PRETENSIÓN VIGÉSIMA TERCERA. - Que se declare que como consecuencia de las variaciones estructurales del tráfico del Proyecto y la no aplicación de tarifas, como premisas esenciales del Caso Base del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, la reducción de los ingresos en más del 45% respecto de lo previsto en el Modelo Financiero de estructuración del Proyecto, presentaría las siguientes variaciones:

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

	<i>Estructuración</i>	<i>Condiciones Actuales</i>
<i>TIR proyecto real</i>	8.350/0	-7.730/0
<i>TIR inversionista Real</i>	9.360/0	-8.720/0
<i>Deuda millones (pesos diciembre 2013)</i>	\$ 1,021,566	\$0
<i>Equity millones (pesos diciembre 2013)</i>	\$523.481	\$1,597,610
<i>VPN Flujos del inversionista (Millones)</i>	\$0*	\$-895,416 **

* La rentabilidad obtenida igual a la TIR inversionista

** La sumatoria de los flujos es \$ -1. 337.047, no obstante, al descontar una pérdida el VPN es menor.

“PRETENSIÓN VIGÉSIMA CUARTA. - Que se declare que como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993 y sus desarrollos jurisprudenciales, acreditada la variación sustancial más allá del 45% de las condiciones iniciales de contratación, la sociedad CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S., concesionario contratista en el Contrato de Concesión No. 004 de 2015, puede renunciar a continuar con la ejecución del Contrato.

“PRETENSIÓN VIGÉSIMA QUINTA.- Que se declare que las variaciones estructurales del tráfico del Proyecto y la no aplicación del esquema tarifario contractual, en tanto premisa esencial del Caso Base del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, más allá del 45% de fluctuación respecto de lo previsto en el Modelo Financiero de la Estructuración del Proyecto, afectan sustancialmente el esquema financiero del Proyecto en concesión y hacen inviable su ejecución, en las condiciones inicialmente propuestas por el Originador, toda vez que como pre-requisito de inicio de la fase de construcción se debe acreditar el cierre financiero del Proyecto.

“PRETENSIÓN VIGÉSIMA SEXTA.- Que se declare que como consecuencia de las variaciones estructurales del tráfico del Proyecto y la no aplicación del esquema tarifario contractual, en tanto premisas esenciales del Caso Base del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, en cuanto hace a su factibilidad financiera, los prestamistas no están dispuestos a otorgar la financiación en la proporción del sesenta y seis por ciento (66%) de deuda requerida para la ejecución del Proyecto en Concesión, según el esquema financiero previsto en su estructuración y que fue premisa esencial del Caso Base del Originador.

“PRETENSIÓN VIGÉSIMA SÉPTIMA.- Que se declare que las variaciones estructurales en el tráfico del Proyecto y la no aplicación del esquema tarifario contractual, premisas esenciales del Caso Base del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, en cuanto hace a su factibilidad financiera, que devinieron estructurales en el contexto de la economía nacional, y

particularmente en el contexto de la economía regional en la zona de ubicación del Proyecto en Concesión, constituyen hechos imprevisibles, y en todo caso, irresistibles para la sociedad CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S., Contratista Concesionario, y por lo mismo, son ajenas a la esfera de riesgos asumidos por el Contratista Concesionario, y en cualquier caso desbordan cualquier previsión razonable y previsible que haya servido de base a su asignación.

“PRETENSIÓN VIGÉSIMA OCTAVA.- Que se declare que la ejecución del Proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 por la sociedad CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S., en las condiciones actuales resulta financieramente inviable para el Contratista — Concesionario.

“PRETENSIÓN TRIGÉSIMA SEGUNDA.- Que se declare que las variaciones sustanciales del ingreso derivado del tráfico del Proyecto y la no aplicación del esquema tarifario contractual, más allá de un cuarenta y cinco por ciento (45%) de las previsiones inicialmente contempladas por el Concesionario desbordan el riesgo asumido por el Concesionario en la Matriz de Riesgos del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015.

“PRETENSIÓN TRIGÉSIMA TERCERA.- Que se declare que el hecho de que las variaciones sustanciales del ingreso derivado del tráfico del Proyecto y la no aplicación del esquema tarifario contractual más allá de un cuarenta y cinco por ciento (45%) de las previsiones inicialmente contempladas por el Concesionario, devinieron en estructurales, constituyéndose en un hecho imprevisible y en todo caso irresistible para el Concesionario.

“PRETENSIÓN TRIGÉSIMA CUARTA.- Que de conformidad con la normativa vigente en materia de contratación estatal, y en particular por lo dispuesto en los artículos 4, 5, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993; 4 de la ley 1150 de 2009 y 13 de la ley 1682 de 2013, la sociedad CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. Contratista Concesionario, en tanto contratista estatal, solo puede asumir los riesgos previsibles y/o resistibles, según su identificación, previsión y cuantificación en la Matriz de Riesgos del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015.

“PRETENSIÓN TRIGÉSIMA QUINTA.- Que se declare que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la ley 1150 de 2007, los riesgos imprevisibles y/o irresistibles no son asignables al contratista estatal.

“PRETENSIÓN TRIGÉSIMA SEXTA.- Que se declare que la sociedad CONCESION VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. no asumió riesgos imprevisibles y/o irresistibles en el Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015.

“PRETENSIÓN CUADRAGÉSIMA SEGUNDA.- Que se declare que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, en su condición de

entidad contratante — concedente en el Contrato de Concesión 004 del 5 de mayo de 2015 ha tenido conocimiento de:

“Las variaciones estructurales de las premisas esenciales del Caso Base del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, en cuanto hace a su factibilidad financiera, que devinieron estructurales en el contexto de la economía nacional, y particularmente en el contexto de la economía regional en la zona de ubicación del Proyecto en Concesión.

“PRETENSIÓN SEXAGÉSIMA CUARTA. - Que se declare que la ejecución del Proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 004 de 2015 en las condiciones actuales implicaría:

“a) Con relación a los plazos contractuales:

“a.1) Como consecuencia de las graves afectaciones del tráfico, resulta insuficiente cualquier ampliación de plazo con el propósito de remunerar la ejecución de las obras.

“a.2) La no definición de un caso base que viabilice la ejecución de las obras, ha generado la ampliación de la fase de pre-construcción, desplazando en más de dos (2) años el comienzo de la etapa de operación y mantenimiento, pues, aunque el plazo del contrato se mantiene, la disponibilidad de los recursos provenientes de la retribución se desplaza en igual proporción.

“b) Con relación al efecto financiero sobre el patrimonio de los accionistas:

“b.2) El panorama para el Contrato de Concesión, en función de las proyecciones de ingresos bajo las condiciones actuales arroja una rentabilidad real para el proyecto de -7,73%(negativa) y para el inversionista en términos reales de -8,72% (negativa) evidenciando que bajo esta realidad, el proyecto destruye valor para los inversionistas y no es un proyecto viable para los financiadores.

“b.3) Esta situación repercute directamente sobre los accionistas del proyecto, toda vez que se estaría condicionando la necesidad de realizar aportes de Equity por \$1.597.610 millones superiores a los previstos en estructuración \$561.324 millones ante la imposibilidad de lograr conseguir apalancamiento del sistema financiero.

“c) Con relación al retorno de la inversión

“c.1 Las condiciones actuales de ingreso derivadas del tráfico y las tarifas generan un impacto significativo en la TIR y en el VPN, disminuyendo la TIR inversionista de estructuración de 9,36% con un equity de estructuración \$561.324 millones a una TIR de -8,72% (negativa) con un equity de \$1.597.610 millones haciendo que este proyecto destruya valor.

“c.2) El efecto en la disminución del ingreso derivado del tráfico y las tarifas actuales no solo disminuye la rentabilidad del proyecto por debajo de la rentabilidad del inversionista estimada por el Ministerio de Hacienda en la estructuración ($K_e = 9,36\%$) sino también por debajo de la DTF y hasta de la inflación, lo que resulta inviable para cualquier inversionista.”

En las pretensiones de la Demanda de Reconvención Reformada se solicitó:

“UNDÉCIMA. Que se declare que el estudio del documento de factibilidad presentado por el originador, la declaratoria de prefactibilidad, la declaratoria de factibilidad, la adjudicación del Contrato de Concesión 004 de 2015 y cualquier acto precontractual proferido por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA-ANI, de ninguna manera constituyen la asunción de riesgos distintos a los expresamente asignados por el ordenamiento jurídico al Estado en los contratos de Cuarta Generación, o pactados en documentos contractuales a cuyos términos estrictamente nos atenemos.

“DECIMOSEGUNDA. Que se declare que al haber estructurado el proyecto, la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. asumió el deber de planeación, la carga de diligencia, la previsión de riesgos así como los demás deberes, cargas y obligaciones que como originador de un proyecto de cuarta generación le corresponden.

“DECIMOTERCERA. Que se declare que las condiciones económicas al momento de la celebración del Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015 se han mantenido durante su ejecución.

“DECIMOCUARTA. Que se declare que cualquier circunstancia que haya tenido incidencia alguna en la ejecución del contrato, particularmente frente a la obligación de obtención de cierre financiero, se produjo antes del 5 de mayo de 2015 fecha de celebración del Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015.

“DECIMOCUARTA A SUBSIDIARIA PARTICULAR. En subsidio de las anteriores, que se declare que cualquier circunstancia que haya tenido incidencia alguna en la ejecución del Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015 corresponde, particularmente frente a la obtención del cierre financiero, a un riesgo asumido por el originador y asignado por el ordenamiento jurídico a la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.

“DECIMOCUARTA SUBSIDIARIA PARTICULAR CONSECUCIONAL. En consecuencia de la anterior, que se declare que cualquier circunstancia que haya tenido incidencia alguna en la ejecución del Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015, particularmente frente a la obligación de obtención de cierre financiero, corresponde a la concreción un riesgo previsto o en cualquier caso razonablemente previsible y resistible para el originador, hoy contratista SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.

“DECIMOQUINTA. Que se declare que se ha mantenido el equilibrio económico durante toda la ejecución del Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015 desde su celebración.

“DECIMOSÉPTIMA. Que se declare que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA- ANI no se encuentra obligada a asumir ninguno de los

riesgos legal y contractualmente asignados al contratista, particularmente los riesgos de tráfico y los riesgos financieros del proyecto.

“DECIMONOVENA. Que se declare que el Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015 se encuentra en etapa la etapa de ejecución denominada pre construcción.

“VIGÉSIMA. Que se declare que en Contrato de Concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015, sus adicionales, contratos modificatorios, otrosíes, actas de entendimiento y demás documentos de naturaleza contractual se estableció por las partes magnitud de variación del riesgo comercial, financiero o de tráfico.

“VIGESIMOPRIMERA. Que se declare que en Contrato de Concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015, sus adicionales, contratos modificatorios, otrosíes, actas de entendimiento y demás documentos de naturaleza contractual se estableció por las partes porcentajes de asunción del riesgo comercial, financiero o de tráfico”.

“VIGESIMOSEGUNDA Que se declare que en cualquier caso el porcentaje de 5% incluido en la matriz de riesgo no constituye magnitud de variación del tráfico sino la probabilidad de ocurrencia del evento descrito en la misma”.

4.2 Posición de la Demandante

Expresa la Demandante que está demostrado que, de conformidad con el Contrato, los únicos ingresos que puede recibir el Concesionario provienen del recaudo del peaje y de la explotación comercial. Asimismo, señala que el dictamen de Valora acredita que los únicos ingresos previstos por el concesionario son los provenientes del peaje. Igualmente, de dicho dictamen se desprende que el tráfico constituye una premisa básica del caso financiero del Contrato.

Por otra parte, expresa que la matriz de riesgo estimó variaciones del tráfico respecto del inicialmente previsto en un 5%. Así se indica en la columna de observaciones de la matriz.

Agrega que está demostrado que las estimaciones de incremento de tráfico son razonables e idóneas, lo cual se acredita con la resolución 1130 de Ministerio de Transporte y los documentos que soportaron su expedición.

Igualmente está acreditada la reducción de los ingresos en más del 45% de lo previsto en el modelo, según consta en el dictamen de Valora.

Destaca que la variación estructural del tráfico del proyecto y la no aplicación del esquema tarifario, son irresistibles para el Concesionario y ajenas a los riesgos asumidos por él y desbordan cualquier previsión razonable y previsible, tal y como se desprende de los dictámenes de los señores Alberto Carrasquilla y Julio Villareal y de los testimonios de Gustavo Ordoñez y Juan Esteban Osorio.

Precisa que es verdad, y nunca lo ha negado el Concesionario, que el precio del petróleo es volátil y sometido a ciclos periódicos; sólo que jamás se había registrado una depresión tan grande y permanente en la economía de la zona derivada del descenso del precio del crudo. Destaca que es la permanencia de la situación generada el hecho estructural perturbador de la ejecución de este proyecto. Agrega que la economía de la zona cambió, lo que incluso fue reconocido por la ANI cuando acudió al Ministerio de Transporte a solicitar el “desmonte” del esquema tarifario del Contrato.

Señala que las perturbaciones generalizadas en la macroeconomía nacional con motivo de los trastornos de la Industria Petrolera y su impacto negativo en la zona de ejecución del Proyecto devinieron en estructurales, afectando de modo definitivo el esquema económico-financiero del Proyecto en Concesión, haciendo inviable su ejecución.

A tal efecto, se refiere al dictamen del doctor Alberto Carrasquilla quien señala que entre el segundo semestre del 2014 y el año 2016 la realidad en materia macroeconómica cambió de manera importante en Colombia, con efectos notables a nivel de la rentabilidad de los negocios. Este ajuste a nivel macroeconómico era imprevisible en 2012, cuando se presenta la APP para consideración del Estado, e incluso lo seguía siendo en el 2014 cuando se presentan los estimativos financieros que sustentan su factibilidad y la firma del contrato, pues en el 2014 las condiciones del mercado no preveían cambios en la perspectiva de largo plazo, y los supuestos de proyección fundamentales del modelo seguían siendo válidos y guardaban consistencia con las estimaciones a futuro del gobierno nacional y de los expertos económicos. En mayo de 2015, cuando se firmó el contrato de concesión, no era posible estimar un cambio en las proyecciones de crecimiento nacional y departamental que afectarían de manera estructural el proyecto. Igualmente, señaló el doctor Alberto Carrasquilla que los cambios relevantes ocurren en el MFMP (Marco Fiscal de Mediano Plazo) de 2016, y fue a partir de entonces cuando se evidenció que los cambios en el mercado internacional, y por tanto en la economía nacional, eran estructurales y no obedecían solo a un acomodamiento coyuntural.

Afirma la Demandante que los doctores Juan Carlos Echeverry y Mauricio Santamaría manifestaron en sus declaraciones que no sabían las razones por las cuales el tráfico de la zona del Proyecto no había registrado incremento ante la recuperación transitoria del precio del petróleo.

Señala que, a la fecha, la situación perturbadora que hace inviable financieramente la ejecución del objeto del Contrato de Concesión No. 004 de 2015, persiste y no se espera que en el corto o mediano plazo se recompongan las afectaciones generadas por la misma.

4.3 Posición de la Demandada

Por otra parte, la Demandada no niega que se ha producido una reducción del tráfico, pero advierte que la disminución del mismo encaja en uno de los riesgos asumidos por el concesionario.

En lo que concierne al carácter estructural de la caída de tráfico, se refiere al dictamen de Julio Villarreal, quien afirma la existencia de una relación de causalidad entre el precio del

petróleo y el tráfico en los peajes de Concesión Vial de los Llanos, que soporta la siguiente cadena de argumentos: el tráfico por los peajes de la concesión depende de manera crucial del precio del petróleo; éste, por su parte, tuvo una caída que pasó de ser coyuntural a estructural, sin perspectivas de mejora; por lo tanto, el tráfico por los peajes debe sufrir una caída estructural sin perspectivas de mejora. Señala al respecto que lo anterior no se ha demostrado desde el punto de vista estadístico.

Agrega que en el dictamen de Julio Villareal se afirma que la caída en la cotización del precio internacional del crudo es estructural y, por ende, no tiene perspectivas de mejora, hipótesis que tampoco soporta desde un punto de vista estadístico en su peritaje.

Advierte que, para afirmar que el tráfico cae más allá de lo previsible, el perito Julio Villarreal opta por el enfoque de construir un intervalo de confianza de 95%, utilizando información histórica, por fuera del cual el tráfico se torna, en palabras del perito, imprevisible. Al respecto se pregunta si cuando el tráfico cae por debajo de ese intervalo de confianza del 95%, toda la caída debe considerarse imprevisible, o si sólo es imprevisible aquella parte que está por fuera del intervalo de confianza del 95%, porque, para el perito, como consta en las páginas 24 a 27 de su dictamen, si en algún momento el tráfico cae por debajo del intervalo de confianza del 95% fijado por él (como ocurrió en 2016), toda la diferencia entre la senda de tráfico esperada inicialmente y la observada debe considerarse imprevisible y, por tanto, todo el impacto financiero derivado de la reducción del tráfico debe considerarse como imprevisible para el concesionario.

Advierte la debilidad de argumentar que la caída del tráfico experimentada de la mano de la reducción del precio del petróleo va a mantenerse así durante décadas hacia delante.

Adicionalmente, considera que se ignoró el carácter cíclico de los precios del petróleo. Si bien el nivel de precios del crudo vigente cuando Link-C presenta su documento es bajo, ignorar que habrá nuevos ciclos a futuro y, en su lugar, suponer que el precio del crudo y la actividad del sector petrolero van a continuar igual de bajos para todo el horizonte de proyección, sesga de forma importante hacia abajo los estimativos de tráfico.

Afirma que, adicionalmente, está el problema de basarse solamente en información histórica para hacer proyecciones de muy largo plazo. Esa información retrospectiva es incapaz de predecir qué va a pasar en el futuro con respecto a cambios estructurales que afecten la variable proyectada —en este caso, el tráfico por los peajes de la concesión—. Esta limitación se manifiesta en el hecho de que existen sectores, ya identificados por autoridades económicas y por otros analistas, que prometen ser un gran motor de crecimiento para la región del departamento del Meta, como el turismo y la agroindustria, cuyo potencial transformador es ignorado por la proyección que hace Link-C.

Respecto de los análisis de Valora, señala que las proyecciones propias de tráfico fueron ajustadas de manera arbitraria al desatender prácticas de uso común en los procedimientos estadísticos, pues se incluyen de forma específica períodos arbitrarios de tiempo.

Agrega que el documento presentado por Valora carece de sustento técnico para determinar un cambio estructural en el tráfico debido a que la evaluación por bandas de

certeza del comportamiento del tráfico no es concluyente al presentarse dos formas de comparación, sin aportar el sustento que permita determinar cuál de las dos aproximaciones usadas es debidamente aplicable al comportamiento real histórico del tráfico que se ha presentado en el proyecto, limitándose a mostrar dos alternativas con resultados contrarios.

En cuanto a la caída del precio del petróleo, señala que podía considerarse abrupta, podía haberse demorado cuatro años en ocurrir, pero era parte de un ciclo, y no era en ningún sentido “*imprevisible*” que sucediera. Es más, su grado de drasticidad era previsible, y demandaba una estrategia de mitigación de riesgos.

Destaca que luego de la firma del contrato, el precio internacional del crudo continuó bajando hasta comienzos de 2016, momento en el que el Brent se cotizó por debajo de USD 30 por barril. Sin embargo, a partir de 2016, como parte de los movimientos cíclicos en el precio del crudo, la cotización del Brent inició un nuevo proceso de ascenso, contrario a lo que el dictamen pericial de Julio Villareal pronosticaba. Indica que, para el momento de su manifestación, el crudo Brent se cotizaba por encima de los USD 80 por barril.

Afirma que los actuales niveles del precio del petróleo contradicen, por lo tanto, la hipótesis de que la caída que sufrió la cotización del crudo entre 2014 y 2016 era de carácter innegablemente estructural.

Destaca que el dictamen de EConcept señala que la industria de hidrocarburos sufre ciclos reiterados, por lo cual la aspiración a que el precio máximo obtenido para el crudo, y sobre el cual el Concesionario indica que tuvo una caída drástica, era una condición totalmente previsible y apenas lógica que tuvo que haberse tenido en cuenta de forma debida en la etapa precontractual del proyecto.

Señala que el campo Rubiales empezó a declinar su producción en el año 2013. Para mediados de año 2015 ya llevaba dos años de disminución en producción. Agrega que no hay, en el corto plazo, una relación unívoca y sencilla entre las variaciones del precio del petróleo y la producción de un campo petrolífero. La decisión de poner en producción un campo de petróleo lleva aparejada una serie de decisiones de inversión. Las mismas empiezan varios años antes de saber si el campo tiene petróleo o gas en cantidades suficientes y si hay perspectivas económicas para producirlo con la expectativa de rentabilidad.

Agrega que el Marco Fiscal de Mediano Plazo es lo que en el lenguaje económico se denomina un “*indicador rezagado*” de lo que pasa en la economía. Su rezago o retraso puede llegar a ser hasta de 10 u 11 meses. Los actores económicos, en contraste, analizan de forma concienzuda y contemporánea toda la información disponible, incluyendo la contenida en indicadores más oportunos que los contenidos en el MFMP o en cualquier otra publicación oficial y que, por lo tanto, se denominan “*indicadores líderes*”. Esto es, aquellos que indiquen, tan temprano como sea posible, qué puede pasar en el futuro.

Señala que en su declaración el señor Juan Carlos Ramírez Isaza (Director Técnico de la Concesión Vial de los Llanos), afirmó que, si bien se hicieron sensibilidades a cambios en los volúmenes transportados de crudo, relacionados con la entrada en operación de nuevos

oleoductos, no se hicieron sensibilidades a cambios en el precio del crudo. Afirma que no hacer sensibilidades a cambios en la variable, que los peritos afirman era probablemente la más importante para determinar la suerte financiera de la concesión, es algo que no se entiende.

En cuanto a los riesgos del contrato expresa que, en los Proyectos APP de Iniciativa Privada, el Originador deberá presentar una asignación y asunción de riesgos viable que no requiera la solicitud de recursos públicos superiores a los topes establecidos por la ley y de conformidad con el acuerdo de condiciones, traducido en una minuta de contrato de concesión, previo al proceso de adjudicación.

Señala que la matriz de riesgos tan sólo es un instrumento metodológico utilizado en algunas de las etapas previstas para el desarrollo de la gestión y el adecuado análisis de riesgos que trae la *“Metodología, Valoración y Seguimiento de Riesgos en Contratos Estatales”* y después de surtido el análisis respectivo, las conclusiones obtenidas son el insumo que permite la distribución de los riesgos reconocidos en la minuta del Contrato de Concesión. Por ello rechaza que la matriz de riesgos haga parte del Contrato de Concesión, ya que la asunción de los riesgos públicos y la forma de su reconocimiento, al ser una obligación de pago de una suma de dinero, debe ser clara, expresa y exigible contractualmente. Es por ello que a lo largo del Contrato de Concesión no se encuentra ninguna Sección que haga referencia al contenido de la matriz de riesgos, toda vez que ésta no hace parte de los documentos que integran el mismo.

En cuanto a la Evaluación Cualitativa del riesgo de demanda, afirma que no es cierto que *“la evaluación cualitativa dada en rangos a la probabilidad e impacto de un evento que detone el riesgo-probabilidad baja 0% al 5% e impacto bajo 0% al 5%-, pueda ser considerada como un rango imprevisible del riesgo y mucho menos que se constituye en un límite del riesgo de demanda, que fue previsto, asignado y reconocido como un riesgo privado dentro de la minuta del Contrato”*.

Añade que si hipotéticamente se admite la teoría planteada por la parte convocante respecto de que existe un límite del riesgo privado, habría que afirmar que el riesgo de demanda debió ser presentado por el Originador, hoy Concesionario, como un riesgo compartido entre la Entidad y el Concesionario y, por lo tanto, el porcentaje público debió ser valorado como (i) un riesgo público en proyectos de APP de Iniciativa Privada sin desembolso de recursos públicos, garantizando la suficiencia de los mecanismos de compensación contractual por la materialización de los riesgos asignados a la entidad estatal o, en su defecto, (ii) como una obligación contingente -APP Iniciativa Privada con desembolso de recursos públicos-.

Así las cosas, al ser el porcentaje público una obligación de reconocimiento económico, su estipulación debió ser exclusivamente contractual, quedando el pago de la suma de dinero, determinado, por todo aquello que excediera el porcentaje dado al nivel de impacto del riesgo, situación que, como obra en el expediente del Proyecto, jamás ocurrió.

4.4 Posición de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Por su parte, la Agencia de Defensa Jurídica del Estado se refirió a la influencia de la caída del precio del petróleo y precisó que el mismo está sujeto a movimientos abruptos hacia arriba y hacia abajo, pero está gobernado por ciclos. Por lo tanto, un descenso en la cotización Brent de un rango de 90-110 dólares entre 2011 y el primer semestre de 2014, al rango de 50-60 en el segundo semestre de 2014, podía considerarse abrupta, podía haberse demorado cuatro años en ocurrir, pero era parte de un ciclo, y no era en ningún sentido “imprevisible” que sucediera. Es más, su grado de drasticidad era previsible, y demandaba una estrategia de mitigación de riesgos.

Se refiere a los precios vigentes al momento del alegato y señala que los niveles del precio del petróleo contradicen, por lo tanto, la hipótesis de que la caída que sufrió la cotización del crudo entre 2014 y 2016 era de carácter innegablemente estructural. Lo anterior, de hecho, también invalida el propio argumento del perito Villarreal de que la caída del tráfico era estructural.

Agrega que, en su declaración, la firma EConcept claramente aportó información valiosa y clara sobre la importancia de los costos de producción de crudo, aclarando que, con la aplicación de nuevas tecnologías y la optimización de procesos propios de esta industria particular, el impacto del precio internacional en la producción no es una variable fija, sino que se relativiza dependiendo igualmente de los costos de producción, los cuales claramente han venido siendo optimizados cada vez más.

Expresa, frente al campo Rubiales, que la declinación de su producción comenzó en el año 2013. Para mediados de año 2015 ya llevaba dos años de disminución en la producción. Esta declinación es un hecho predecible que aqueja a todos los campos petroleros.

Advierte que no hay, en el corto plazo, una relación unívoca y sencilla entre las variaciones del precio del petróleo y la producción de un campo petrolífero. La decisión de poner en producción un campo de petróleo lleva aparejada una serie de decisiones de inversión. Las mismas empiezan varios años antes de saber si el campo tiene petróleo o gas en cantidades suficientes y si hay perspectivas económicas para producirlo con la expectativa de rentabilidad. Por estas razones, el desarrollo de un campo no depende fundamentalmente de las fluctuaciones de corto plazo del precio internacional. En general, los campos de producción de hidrocarburos son rentables en rangos muy amplios de fluctuación de precios.

Señala que la caída del precio del petróleo ocurrida entre el segundo semestre de 2014 y la primera mitad de 2016 constituye el choque más grande a los ingresos del Gobierno Nacional en las últimas décadas. Sin embargo, la pérdida de los ingresos petroleros no hizo, en sí misma, obligatoria la presentación de la reforma tributaria de 2014. La necesidad de la reforma tributaria surge de la institucionalidad de la regla fiscal, aprobada por el Congreso de la República en 2011.

4.5 Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público subraya el cambio de visión que sobre el principio de planeación viene observándose en la jurisprudencia contencioso administrativa, la que, sin dejar de exigir al

Estado el cumplimiento del mismo, ha empezado a considerar, con buen tino, que la misma también es predicable de los contratistas del Estado¹¹¹. Añade que en materia de las Asociaciones Público Privadas, el Consejo de Estado sostuvo¹¹² que a dicho esquema es aplicable el principio de planeación. A tal efecto, señala que un sector de la doctrina considera que, bajo este especial esquema de ejecución de proyectos de gran trascendencia, las actividades de planeación que en algún momento de la contratación estatal eran de reserva exclusiva del Estado, ahora son compartidas con los particulares.

Agrega que dentro del proceso de estructuración del proyecto adelantado por parte del Originador (hoy concesionario) fueron elaborados los estudios de tráfico que permitieron estimar las variables financieras aprobadas por la ANI para dar viabilidad al proyecto de APP – IP.

Igualmente señala que con el dictamen de Valora se tiene por demostrado que el modelo financiero acogió como escenario base de las proyecciones de tráfico el escenario alto-optimista del estudio de tráfico de Concol, el cual tenía dos escenarios más: base y bajo.

De este dictamen también se deriva que, respecto de las estimaciones de tráfico del proyecto que sustentaron el modelo financiero, se ha presentado una variación en el recaudo del -45% en el tráfico real.

Afirma que está demostrado en el proceso, y es un asunto que no se encuentra en discusión por las partes, que, si bien el proyecto podría tener como fuentes los ingresos por la explotación comercial, así como los ingresos por el recaudo peajes - sección 3.1. (a) y (b), el modelo financiero solo optó por la segunda de las fuentes enunciadas (Peritaje Julio Villareal – Peritaje Valora), por lo que, como lo señala el perito Julio Villareal, la bondad financiera del proyecto está supeditada exclusivamente al comportamiento de esta variable, que es la que más aporta incertidumbre, y es “*más riesgoso*” que otras concesiones que cuentan con aportes públicos.

En relación con la experticia allegada por Valora, destaca el agente del Ministerio Público que cuando el perito realiza el estudio de bandas de certeza con una distribución lognormal, el tráfico real se encuentra dentro de las bandas del 5% de la proyección del modelo financiero. Agrega que cuando realiza el análisis para los escenarios medio y conservador del estudio de tráfico que no adoptó el modelo financiero, la conclusión es aún más marcada.

Añade que en el peritaje de Valora se advirtió un error en el estudio de tráfico. En efecto, allí se indicó que el tráfico del peaje la Libertad fue ajustado para el año 2014 en el modelo financiero, para tener en cuenta la reducción de tráfico por la rebaja de vehículos por la disminución en la producción de petróleo, pero “*que para los peajes Casetabla y Yucao no se realizó este mismo ajuste, por lo cual la afectación es mayor para las categorías VI y VII*”. Al realizar el perito las correcciones dentro del modelo y al aplicar el método de

¹¹¹ Advierte que posiblemente resultaría más pertinente aludir a las cargas de diligencia, buena fe, sagacidad, etc., más que al principio de planeación dado que se trata de particulares.

¹¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de enero de 2018, exp. 57421.

intervalos o bandas de confianza con una distribución lognormal, encontró lo que se indica en el dictamen.

Señala el agente del Ministerio Público que, para la estructuración del modelo financiero del proyecto, el Originador (ahora concesionario), a conciencia, de tres modelos diferentes de proyecciones (optimista-moderado-conservador) asumió aquel de proyecciones más altas, no obstante que, como se puso de presente por los peritos, el factor del tráfico en este proyecto era el que generaba mayores incertidumbres y era la única fuente de ingresos del concesionario. Advierte que su apetito al riesgo en este evento fue alto y, por contera, debió asumir que un fracaso en esa predicción tendría también un impacto alto en el desarrollo del modelo.

Bajo esta óptica, puede afirmarse que la actitud del originador-concesionario fue arriesgada dada la sensibilidad que la variable “tráfico” tenía en el proyecto, particularmente, si se considera que estaría determinada por otro factor de comportamiento cíclico y volátil como es el precio del petróleo. Expresa que lo razonable, atendiendo las condiciones particulares del negocio, debió ser, como se sugiere en el estudio de Concol, adoptar una proyección moderada (“*estudio base Concol*”) o, incluso, un prudente hombre de negocios habría podido considerar acoger el modelo conservador, teniendo en cuenta que para la época del último ajuste del estudio de tráfico (enero-2014) ya era evidente el descenso de los precios del petróleo, lo cual hubiera determinado condiciones diferentes del negocio propuesto y que se ajustaran más a su tolerancia al riesgo, lo que no sucedió con la decisión que adoptó.

En adición a lo anterior, puede concluirse que los tres escenarios de tráfico que tuvo a su consideración el originador (base del modelo financiero-alto y optimista Concol, medio del modelo financiero-base de Concol y conservador del modelo financiero-bajo de Concol) le permitían prever la posibilidad de las variaciones de tráfico que se presentaron, por lo menos hasta el 2017 y ello demuestra que las alegaciones de la parte actora no serían ciertas desde el punto de vista estadístico, en punto de la imprevisibilidad del comportamiento del tráfico. En efecto, del estudio de Valora, tal como se dejó antes indicado, al aplicarse el análisis de bandas de certeza con distribución lognormal, en todas las proyecciones (alta, moderada y baja) el comportamiento real del tráfico se encuentra dentro del margen inferior de la banda, lo que sugiere que, estadísticamente, fue previsible para el concesionario un comportamiento del tráfico como el que se presentó.

Por lo anterior, lo que deja demostrado el peritaje de Valora, en este aspecto, es que el concesionario desestimó el riesgo de concentrar la fuente de recursos en un solo aspecto (tráfico derivado de explotación petrolera y servicios asociados), adoptó el modelo más optimista de los que tuvo a consideración y estadísticamente tuvo la posibilidad de advertir un comportamiento de tráfico como el que en efecto se presentó.

En cuanto a la exclusiva responsabilidad del originador-concesionario, afirma que en un caso como el presente es relevante el hecho de que el origen del proyecto sea privado, pues fue un experto y conocedor de estos proyectos quien lo estructuró, el que definió, sin participación de la entidad pública, el nivel de riesgo que asumiría al acoger una proyección alta u optimista del tráfico y quien incurrió en errores de cálculo.

Agrega que de la actual estructura normativa del proceso de contratación de APP – IP sin desembolso de recursos públicos, no parece desprenderse responsabilidad alguna de la ANI, más si se tienen en cuenta la experticia del concesionario en esta actividad y que, por una parte, la adopción del modelo optimista corresponde a una valoración del apetito de riesgo del originador-concesionario y, por otra, que la falta de actualización de unos datos de peaje corresponde a un error de detalle.

Precisa que en relación con el 5% de “*probabilidad-frecuencia*” y con el “*impacto-costo*”, el pacto de las partes desconoció la realidad de la estructuración, pues, como se dejó advertido, el tráfico del proyecto es, tal vez, el componente más sensible y de mayor incertidumbre, por lo que su calificación como de “*impacto bajo*” en la estructura del negocio, desconoce la realidad de la misma estructuración del proyecto, al corresponder a la única fuente de ingreso. En cuanto a su costo, la matriz no da certeza de cuál es el referente del 5%.

Advierte que el Conpes 3714 de 2012 sobre el “*riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública*”, al diagnosticar la aplicación de la Ley 1150 de 2007 sobre tipificación, asignación y estimación del riesgo, pone de presente, entre otras muchas circunstancias, que las entidades incluyen estimación (cuantificación) de los riesgos, presentando porcentajes, sin referir el valor sobre el cual están calculados y dejando el valor del riesgo indefinido, lo que sucede en este contrato, y demuestra un defecto en el proceso de planeación del contrato y que impediría considerar el porcentaje señalado para efectos de estimar algún costo asociado a la concreción del riesgo.

4.6 Consideraciones del Tribunal

Para efectos de decidir las pretensiones a que se refiere el presente capítulo debe el Tribunal establecer, de una parte, cuáles eran los ingresos del Concesionario de acuerdo con el Contrato, cuáles fueron los ingresos que se tuvieron en cuenta al presentar la propuesta de Asociación Pública Privada, cuál fue el comportamiento de tales ingresos, y si la variación en los mismos fue estructural e imprevisible.

Por lo que se refiere a los ingresos del concesionario, encuentra el Tribunal que en el numeral 3.1 del Capítulo III de la Parte General del Contrato se dispone, en lo pertinente, lo siguiente:

“3.1. *Retribución.*

“(a)...

“(b) *Fuentes de la Retribución. Las fuentes para el pago de la Retribución del Concesionario o de la Compensación Especial, cuando sea aplicable serán las siguientes:*

“(i) *Recaudo de Peajes.*

“(ii) *Los Ingresos por Explotación Comercial.*

“...”

De esta manera, los ingresos previstos por el Contrato son el recaudo de peajes y los ingresos por explotación comercial. Este último concepto, de conformidad con el Contrato,

hace referencia a la prestación de servicios adicionales, tales como “la publicidad en la zona del Proyecto, la venta de bienes y servicios a los usuarios del Proyecto y todos los demás que, de acuerdo con la Ley Aplicable, puedan ser prestados a dichos usuarios por el Concesionario” (numeral 1.142).

Ahora bien, en su dictamen el perito Valora se refirió al modelo financiero y concluyó “que los ingresos del Concesionario provienen del recaudo de peajes”. En este mismo sentido, en su dictamen contestó (página 14):

“En el archivo del modelo financiero se verifica que la fuente de los recursos para la propuesta de la APP de iniciativa privada son exclusivamente los peajes, lo cual corresponde a la práctica habitual en proyectos de infraestructura de transporte que no requieren de recursos públicos.” (se subraya)

A lo anterior se agrega que en la Resolución 1130 del 2015 del Ministerio de Transporte se expresó: “*Que dentro de la estructuración financiera del Proyecto se contempla como única fuente de retribución para el Concesionario, el recaudo de peajes...*”.

Por consiguiente, si bien el Contrato contempla la posibilidad de que el Concesionario reciba ingresos tanto por concepto de peajes como por razón de la explotación comercial, en su modelo financiero, el Concesionario partió de la base de ingresos solamente por peajes. De esta manera, los ingresos por peajes son una de las premisas esenciales del modelo financiero, en cuanto son considerados como la fuente de recursos del proyecto. Es por ello que el análisis de lo que ha sucedido con los ingresos de la concesión debe partir de los peajes.

Ahora bien, está claramente establecido en el proceso que se ha producido un cambio en los ingresos por peajes frente a lo que inicialmente se estimó en el Modelo Financiero.

Así se desprende del dictamen presentado por la Demandante, elaborado por el perito Julio Villarreal Navarro, así como del dictamen que se practicó en el curso del proceso y que fue elaborado por Valora Consultoría S.A.S.

En efecto, en su dictamen el perito Villarreal expresa que “*realiza un análisis comparativo de ingreso por recaudo de peajes a partir del año 2015 (primer año en donde se reciben ingresos según el modelo de estructuración), entre 1) el tráfico esperado en la estructuración del proyecto (Escenario Original) y 2) la nueva proyección de tráfico esperada, elaborada por Link-C (Escenario Actual)*”¹¹³.

Como consecuencia de lo anterior, manifiesta lo siguiente:

“Las diferencias presentadas en los gráficos presentados entre la Ilustración 4 y la Ilustración 11 dan cuenta de las variaciones en las condiciones de tráfico que ha sufrido el proyecto entre el momento de su estructuración y la actualidad lo que impacta directamente los ingresos de la concesión. Al analizar el volumen

¹¹³ Página 17 del Dictamen del perito Villarreal de 31 de agosto de 2017. Cuaderno de pruebas No. 2. Folio 271.

total de tráfico por categoría para el escenario original planteado en el modelo de estructuración y el escenario actual basado en las proyecciones realizadas por Link-C, se observa que en todos los casos se espera una disminución del tráfico versus la situación esperada en la estructuración a excepción de la categoría II. Es así que, esta categoría presenta un incremento del 1,6% con relación al escenario inicial. Por otro lado, las categorías I, III, IV, V, VI, y VII presentan una disminución de volumen de tráfico del 4%, 42%, 5%, 76%, 83% y 78%, respectivamente. En conjunto se genera un impacto negativo en el ingreso total por recaudo de peaje como se puede ver en la Ilustración 11.

“(…)

“A manera de conclusión se puede afirmar que la disminución de tráfico (sic) todas las categorías a excepción de la Categoría II representan una disminución de 57% en el valor presente del total de los ingresos de la concesión. Lo anterior en términos monetarios asciende a una suma de \$1.811.857 millones de menor ingreso por recaudo de peajes para la ventana de tiempo definida previamente. De igual manera se puede concluir que las variaciones del volumen de tráfico que se han presentado desde que se estructuró el proyecto hasta la actualidad, afectan los supuestos del modelo financiero en términos de ingreso por recaudo y, por ende, alteran su rentabilidad.”¹¹⁴

Igualmente, en el curso del proceso el perito Valora examinó los cambios en el proyecto¹¹⁵ y para ello efectuó un análisis cualitativo por categoría y por peaje de los corredores Villavicencio-Granada y Villavicencio-Puerto Gaitán. En primer lugar, respecto del Corredor Villavicencio- Granada expresa¹¹⁶ que *“en términos generales el corredor Villavicencio – Granada refleja un comportamiento similar al previsto en el Estudio de Estructuración”*. Agrega que al *“hacer el análisis por categoría se notan variaciones diferenciales. Los mayores tráficos en la Categoría I y II compensan parcialmente menores tráficos en las categorías de vehículos más grandes y determinan unas diferencias en el total de tráfico no tan marcadas”*¹¹⁷.

Por lo que se refiere al corredor Villavicencio–Puerto Gaitán expresa que *“se ven diferencias importantes entre el Estudio de Factibilidad y el tráfico real”*¹¹⁸.

A la luz de lo anterior, está establecido que se ha producido una reducción en los ingresos de la concesión, pero lo que debe establecerse es si dicha variación es estructural e imprevisible, pues la Demandante solicita que se hagan declaraciones en los dos sentidos.

La expresión *“variación estructural”* no tiene un significado jurídico. Por el contrario, una variación imprevisible corresponde a una noción jurídica.

¹¹⁴ Páginas 20 y 21 del Dictamen del perito Julio Villarreal de 31 de agosto de 2017. Cuaderno de Pruebas número 2, folios 274-275.

¹¹⁵ Páginas 15 y siguientes del Dictamen del perito Valora Consultoría S.A.S. Cuaderno de Pruebas número 6, folios 269 y siguientes.

¹¹⁶ Página 19 del Dictamen del perito Valora Consultoría S.A.S.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ Página 22 del Dictamen del perito Valora de 30 de mayo de 2018. Cuaderno de Pruebas número 6, folio 276.

Por lo anterior, para determinar la existencia de una variación estructural, el Tribunal se apoya en la forma como entienden dicho concepto los peritos que rindieron su dictamen en este proceso.

A este respecto, al perito Valora se le solicitó contestar si el tráfico tuvo “*variaciones estructurales desde la fecha de entrega de los Estudios de Factibilidad por el Originador a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI hasta la fecha de entrega del dictamen*”. Para contestar esta pregunta, el perito realizó un análisis cualitativo, al que ya se ha hecho referencia, que consiste en comparar el tráfico proyectado por el concesionario y el tráfico que realmente pasó por los peajes.

Por otra parte, Valora realiza un análisis con métodos cuantitativos para determinar si existe un cambio estructural en el tráfico. Para ello acude, como fuente de información, entre otras, a las series históricas de tráfico reportadas por la ANI, así como por el concesionario, igualmente a la serie histórica anual y proyectada empleada por Link-C en la estimación preliminar del tráfico con un nivel de certeza del 95% y al escenario base del Modelo Financiero de Factibilidad. Con esta base, aplica una metodología de intervalos o bandas de certeza suponiendo, de una parte, una distribución normal y, por otra parte, una distribución lognormal.

A este respecto, precisa el perito que las bandas de certeza se componen de un límite superior y un límite inferior asociados a un nivel de probabilidad. A tal efecto, señala que se determina la banda con una expectativa de comportamiento con un 95% de probabilidad asociado, lo que implica¹¹⁹ que “*se esperaría que con un 95% de probabilidad el tráfico real estuviera dentro de la banda fijada*”.

Ahora bien, después de realizar el respectivo ejercicio, el perito Valora expresa¹²⁰ que en “*la metodología de intervalos o bandas de certeza para los valores de la proyección suponiendo que siguen una distribución normal estándar, existe un cambio estructural en la serie de tráfico a partir del año 2017 cuando el TPDA efectivamente se aleja del límite inferior del intervalo. Esto último indica que el rango de valores previsto a un 95% de confianza para la proyección realizada no corresponde al valor real del tráfico percibido por la Concesión y por ende se supone que existe una variación en la pendiente de la serie*”.

Igualmente, el perito realiza el mismo cálculo suponiendo una distribución lognormal, la que se “*caracteriza por expresar el comportamiento de observaciones con asimetría positiva que no pueden tomar valores negativos; característica que cumple los datos asociados al volumen de tráfico*” (se subraya). En este sentido precisa¹²¹ que de “*suponerse que el tráfico se distribuye como lognormal, no es posible llegar a afirmar que existe un cambio estructural*”

¹¹⁹ Página 23 del Dictamen del perito Valora Consultoría S.A.S. de 30 de mayo de 2018. Cuaderno de Pruebas número 6, folio 277.

¹²⁰ Página 25 del Dictamen del perito Valora Consultoría S.A.S. de 30 de mayo de 2018. Cuaderno de Pruebas número 6, folio 279.

¹²¹ Página 26 del Dictamen del perito Valora Consultoría S.A.S. de 30 de mayo de 2018. Cuaderno de Pruebas número 6, folio 280.

en el tráfico proyectado en tanto la serie del tráfico real se encuentra dentro del rango de la banda” (se subraya).

Por otra parte, acude a otro análisis¹²² que “*resulta de contextualizar el tráfico como un modelo causal dependiente del desempeño económico del país. Lo anterior, con el fin de determinar si los estimadores que en un principio sirvieron como referente para la proyección del tráfico de la Concesión han permanecido constantes en el tiempo, o por el contrario presentan variaciones que permitan detectar posibles cambios estructurales*”. Para este efecto, el perito, siguiendo el análisis realizado durante la etapa de estructuración que consideró la relación entre el tráfico y el PIB nacional¹²³, toma como variable dependiente los datos de tráfico proporcionados por la concesión y como variable independiente, el PIB nacional reportado por el DANE. Precisa el perito que el ejercicio trata de determinar si los parámetros han permanecido constantes o no a lo largo del tiempo. De esta manera, cuando el valor de los estimadores del modelo cambia en el tiempo, se afirma que el modelo presenta un cambio estructural en el tráfico. Es decir, se considera que hay cambio estructural cuando la alteración del tráfico no corresponde a la interrelación que existe entre el PIB nacional y el tráfico en la carretera concesionada.

Expresa el perito que las pruebas más comunes para verificar si existe dicha inestabilidad son las prueba Chow y las pruebas CUSUM y CUSUMQ. A tal efecto, señala el perito¹²⁴ que las pruebas CUSUM y CUSUMQ “*son las más apropiadas para establecer si el tráfico del Proyecto tuvo variaciones estructurales o no*”. Precisa que el “*gráfico de la suma acumulada de los residuales recursivos (CUSUM) respecto al tiempo permite verificar desviaciones sistemáticas de los residuos respecto al límite inferior y límite superior definidos por una banda de confianza al 95%. De esta manera si los valores asociados a la prueba caen por fuera de la banda se rechazaría la hipótesis nula de estabilidad estructural del modelo y se concluiría que existe un cambio estructural en el modelo como consecuencia de un cambio en los parámetros. En contraste, si los valores asociados caen dentro del nivel de confianza se concluiría que no existe suficiente evidencia estadística para determinar la existencia de un cambio estructural en el modelo y por ende variaciones en el tráfico proyectado con respecto al real*”.

Con base en lo anterior, realiza las gráficas correspondientes y concluye¹²⁵ que se “*rechaza la hipótesis nula de estabilidad estructural en el modelo, en tanto el estadístico CUSUM sobrepasa las bandas de confianza, y establece que existe un cambio estructural en la tendencia de la serie. Por otro lado, el estadístico CUSUMQ indica que existe una ruptura estructural en los parámetros, en términos de la varianza del error, aproximadamente en el primer trimestre del 2015. A partir de lo anterior, el Perito concluye que existe un cambio*

¹²² Página 26 del Dictamen del perito Valora Consultoría S.A.S. de 30 de mayo de 2018. Cuaderno de Pruebas número 6, folio 280.

¹²³ Dicho análisis obra en el CD que aparece en el folio 7 del Cuaderno de Pruebas número 1.

¹²⁴ Página 27 del Dictamen del perito Valora Consultoría S.A.S. de 30 de mayo de 2018. Cuaderno de Pruebas número 6, folio 281.

¹²⁵ Página 28 del Dictamen del perito Valora Consultoría S.A.S. de 30 de mayo de 2018. Cuaderno de Pruebas número 6, folio 289.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

estructural o una inestabilidad en los parámetros de la serie de tráfico real del Proyecto, lo cual implica un desajuste importante respecto al tráfico proyectado.” (se subraya)

Resulta pertinente agregar que el perito, presenta una tabla¹²⁶ y señala que “[s]e destaca una variación total del recaudo en la Concesión del -45%, la cual se explica mayormente a partir de una variación del tráfico de -37%.” Agrega que “[p]or su parte, los peajes de mayor afectación son Casetabla -81% y Yucao -83% ambos por menor recaudo explicado por un menor tráfico. En el caso del peaje Casetabla, la variación del tráfico explica un -57% del total de recaudo mientras que en el peaje Yucao, la variación del tráfico explica un -63% de la variación.”

Es importante destacar que el perito Valora encontró que en las proyecciones de tráfico de Consultoría Colombiana (Concol) se hizo un ajuste a la baja respecto del peaje La Libertad, pero no respecto de los peajes Yucao y Casetabla. A tal efecto expresó¹²⁷: “al revisar lo entregado en el informe de tráfico de Concol, se evidencia que se realiza un ajuste en la proyección por los vehículos que transportan crudo en el peaje La Libertad, lo cual se puede evidenciar en las proyecciones del modelo financiero, para el año 2014, segundo año de la proyección. De acuerdo al modelo financiero, disminuyen los volúmenes de tráfico”. Agrega el perito que “[r]ealizando la revisión detallada del informe por falta de la información correspondiente a la base de datos del estudio de tráfico entregado por Concol, no se evidenció que el mismo ajuste que se realizó para el peaje La Libertad se haya incluido para el peaje Yucao y Casetabla, por lo cual se hace necesario hacer un análisis de como serían las proyecciones si se hubiera realizado tal ajuste”.

Señala el perito Valora en su dictamen:

“Se evidencia que aun con el ajuste en los peajes Yucao y Casetabla, de igual forma sigue habiendo una diferencia en los volúmenes proyectados y los reales a la fecha, la cual tiene como causa más representativa la reducción de la producción de crudo por los precios del barril de petróleo en el mercado internacional; en la imagen se muestra los mínimos y máximos precios en dólares del barril del petróleo desde el 2005 y hasta marzo de 2018.

“De la gráfica se puede concluir que entre octubre de 2014 y enero de 2015 se produjo la disminución de los precios del barril de acuerdo a la información de WTI, lo cual tuvo repercusiones en la producción de crudo, y en consecuencia, en el número de vehículos categorías IV, V, VI y VII.”¹²⁸

¹²⁶ Página 35 del Dictamen del perito Valora Consultoría S.A.S. de 30 de mayo de 2018. Cuaderno de Pruebas número 6, folio 289.

¹²⁷ Página 106 del Dictamen del perito Valora Consultoría S.A.S. de 30 de mayo de 2018. Cuaderno de Pruebas número 6, folio 360.

¹²⁸ Página 114 del Dictamen del perito Valora Consultoría S.A.S. de 30 de mayo de 2018. Cuaderno de Pruebas número 6, folio 368.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

En sus conclusiones, el perito Valora afirma que “[l]os *tráficos de acuerdo con los registros históricos de la ANI por cada peaje sí se vieron afectados por la baja de producción de crudos relacionados con la reducción de precios internacionales.*”¹²⁹

De lo anterior se desprende que en el análisis cuantitativo que realiza Valora y que toma en cuenta la desviación frente al tráfico proyectado, así como en el que examina la relación entre el tráfico y la variación del PIB, se concluye que existe una variación estructural del tráfico.

En todo caso, comoquiera que los análisis realizados por los peritos parten de comparar el tráfico proyectado con el tráfico real, considera pertinente el Tribunal tener en cuenta lo indicado por el perito Valora respecto del tráfico que se incluyó en el modelo financiero de la concesión. En efecto, según el dictamen financiero el tráfico tomado en cuenta en el Modelo Financiero parte de uno de los escenarios de tráfico contemplados en el estudio de Consultoría Colombiana.

A este respecto, el perito Valora anota que respecto del corredor Villavicencio-Granada¹³⁰ “*en el Modelo Financiero se incluyeron los escenarios optimistas del estudio de Concol, como se indica en la siguiente tabla:*

Categoría	IRACA	OCOA
I	<i>Más Alto</i>	<i>Alto</i>
II	<i>Más Alto</i>	<i>Alto</i>
III	<i>Más Alto</i>	<i>Alto</i>
IV	<i>Más Alto</i>	<i>Alto</i>
V	<i>Más Alto</i>	<i>Alto</i>
VI	<i>Más Alto</i>	<i>Alto</i>
VII	<i>Más Alto</i>	<i>Alto</i>

Por lo que se refiere al corredor Villavicencio-Puerto Gaitán, expresa el perito¹³¹:

“Cuando se compara el tráfico contenido en el Modelo Financiero con los escenarios proyectados en el estudio de tráfico de Concol, se llega al detalle a partir de la siguiente tabla:

Categoría	CASETABL A	LA LIBERTAD	YUCAO
I	<i>Alto</i>	<i>Alto</i>	<i>Alto</i>
II	<i>Alto</i>	<i>Alto</i>	<i>Alto</i>
III	<i>Alto</i>	<i>Alto</i>	<i>Alto</i>

¹²⁹ Página 122 del Dictamen del perito Valora Consultoría S.A.S. de 30 de mayo de 2018. Cuaderno de Pruebas número 6, folio 376.

¹³⁰ Página 105 y 106 del Dictamen del perito Valora Consultoría S.A.S. de 30 de mayo de 2018. Cuaderno de Pruebas número 6, folios 359 y 360.

¹³¹ Página 107 del Dictamen del perito Valora Consultoría S.A.S. de 30 de mayo de 2018. Cuaderno de Pruebas número 6, folio 361.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.

VS

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

IV	Alto	Alto	Alto
V	Alto	Alto	Alto
VI	Alto	Más Alto	Alto
VII	Alto	Más Alto	Alto

“ ... ”

De esta manera, para determinar el tráfico en el modelo financiero se tomó el escenario de tráfico alto del estudio de Concol.

Finalmente, en sus conclusiones el perito señaló que “3. Las proyecciones de tráfico incluidas en el modelo financiero corresponden con escenarios altos y optimistas del estudio de tráfico de Concol 2014”¹³².

Lo anterior implica entonces que, al elaborar su modelo financiero, el Originador partió del escenario alto de tráfico, y no tomó en cuenta los otros escenarios que preveían un tráfico menor.

En relación con lo anterior, el señor agente del Ministerio Público que ha actuado en el presente proceso le solicitó al perito Valora “aclarar y/o complementar su dictamen en el sentido de señalar cuáles serían las conclusiones en relación con las ‘variaciones estructurales’ al aplicar: i) el método de intervalos o bandas de certeza asociadas a una probabilidad y a una distribución muestral de los valores proyectados del tráfico; y, ii) las pruebas CUSUM y CUSUMQ propuestas para determinar la estabilidad estructural de los parámetros que describen el comportamiento del tráfico real, teniendo como determinantes los tráficos de los escenarios ‘base’ y ‘bajo’ del estudio elaborado por ConCol con el cual realizó las comparaciones en su estudio”.

Sobre esta pregunta el perito expresó¹³³ que “no es posible aplicar una nueva prueba CUSUM y CUMUSQ ‘teniendo como determinantes los tráficos de los escenarios ‘base’ y ‘bajo’ del estudio elaborado por ConCol por la naturaleza misma de esta metodología donde la variable de análisis corresponde al tráfico real y no al tráfico estimado de la Concesión”, por lo que “sólo es posible aplicar la metodología de las bandas de certeza a los tráficos estimados en el estudio de ConCol”.

Por ello, el perito expresa que sólo es posible hacer el análisis con bandas de certeza y agrega que “[e]n este sentido, se precisa que existe una equivalencia entre los escenarios ‘base’ y ‘bajo’ del estudio de tráfico de ConCol y los escenarios “medio” y “conservador” del Modelo Financiero de Factibilidad, como se muestra en la Tabla 51 del apartado ‘Anexos técnicos’, numeral 3 ‘Análisis de estudios de tráfico’, pág. 97. Por consiguiente, para el desarrollo de este ejercicio se toma como fuente de información los tráficos contenidos en el Modelo Financiero para los escenarios en consideración”.

¹³² Página 122 del Dictamen del perito Valora Consultoría S.A.S. de 30 de mayo de 2018. Cuaderno de Pruebas número 6, folio 376.

¹³³ Aclaraciones y Complementaciones del Dictamen del perito Valora Consultoría S.A.S., página 43.

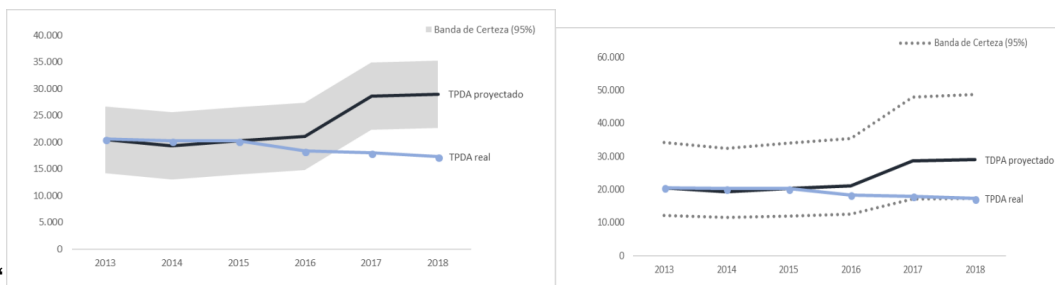
**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

Teniendo en cuenta lo anterior, el perito señala sus resultados de la siguiente manera¹³⁴:

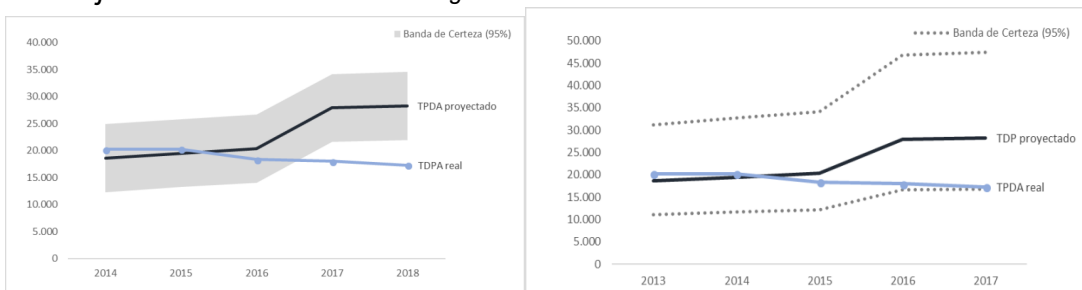
“A continuación, se exponen los resultados obtenidos aplicando la metodología de intervalos o bandas de certeza:

Ilustración 18. Tráfico Escenario Alto ConCol / Base Modelo Financiero Ajustado

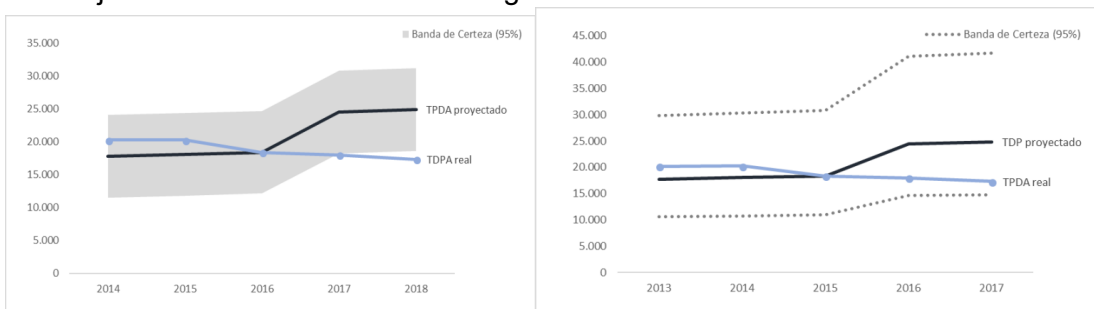
Normal estándar vs. Log-normal



“Ilustración 19. Tráfico Escenario Base ConCol / Medio Modelo Financiero Ajustado Normal estándar vs. Log-normal



“Ilustración 20. Tráfico Escenario Bajo ConCol / Conservador Modelo Financiero Ajustado Normal estándar vs. Log-normal



¹³⁴ Aclaraciones y Complementaciones del Dictamen del perito Valora Consultoría S.A.S., páginas 46 y 47. Cuaderno de Pruebas número 6, folios 437 a 438.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

“De acuerdo con lo observado en los gráficos anteriores, el Perito concluye que bajo la metodología aplicada y realizando los ajustes correspondientes a los peajes de Casetabla y Yucao, existe una variación estructural en el tráfico agregado de la Concesión a partir del año 2017 cuando el tráfico real se ubica por fuera del límite inferior de la banda de certeza. No obstante, esto es cierto sólo bajo el supuesto de normalidad en la distribución del tráfico estimado.” (se subraya)

Como se puede apreciar, en sus aclaraciones Valora analizó los escenarios de tráfico de ConCol en el supuesto de normalidad y en el supuesto log-normal, y encontró que, si bien en el escenario de la distribución normal existía una variación estructural en el tráfico de la concesión, cuando se adopta el escenario de la distribución log normal, el tráfico real se sitúa dentro de la banda de certeza. Es pertinente observar que cuando se toma el escenario conservador, el tráfico que se ha presentado se aleja más del borde de las bandas de certeza y por ello es aún más claro que la caída era previsible. Debe destacarse que el perito Valora consideró que la metodología más adecuada era la que parte de una distribución log-normal, en la medida en que la misma no permite números negativos que es precisamente lo que ocurre con una variable como es el tráfico.

Bajo esta perspectiva, encuentra el Tribunal que en uno de los análisis realizados por el perito Valora, la variación de tráfico que se ha producido se encuentra dentro de las bandas de certeza, por lo que no habría una variación estructural. Por el contrario, en otros ejercicios, como es el que toma en cuenta la relación del tráfico con el PIB nacional, la variación del tráfico es estructural.

En relación con este último ejercicio, advierte el Tribunal que obra también en el proceso el dictamen de EConcept en relación con el modelo de tráfico elaborado por la firma Link-C en febrero de 2017, en el cual se formulan observaciones a dicho modelo. Una de dichas observaciones consiste en que estima el tráfico *“como función tan solo del PIB y de la población total (todas las variables para el nivel nacional), dejando por fuera variables tan importantes como el precio de los autos, el precio de la gasolina, el crecimiento sectorial del PIB (sobre todo en turismo y agroindustria como se comentó arriba), la tasa de cambio, la composición sectorial del PIB y, de manera importante, algunas variables específicas para el Meta, dado que el ámbito del proyecto es en ese departamento. Es decir, el modelo sufre del problema de variables omitidas de manera grave”*.¹³⁵

Las anteriores observaciones del perito EConcept, que el Tribunal encuentran razonables y no fueron desvirtuadas, conducen al Tribunal a no otorgarle un valor probatorio al cálculo hecho en relación con el PIB nacional.

Por lo anterior, realizando una valoración en conjunto de los dictámenes periciales allegados al proceso, y analizando, particularmente, los aspectos anteriormente anotados que permiten extraer de los mismos sus elementos de convicción con mayor fundamentación, concluye el Tribunal que no existe una variación estructural del tráfico.

¹³⁵ Páginas 51 y siguientes del Dictamen de EConcept de 1° de marzo de 2018. Cuaderno de Pruebas número 6, folios 57 y siguientes.

Por otra parte, debe observarse que igualmente en el proceso los peritos se pronunciaron sobre la imprevisibilidad del cambio en el tráfico. En este punto y sin perjuicio del análisis que se realizará al analizar la posibilidad de aplicar en el presente caso la teoría de la imprevisión, ha de recordarse que de conformidad con la jurisprudencia¹³⁶, para determinar si un hecho es previsible o no debe tomarse en cuenta su normalidad y frecuencia, su probabilidad de realización, su carácter inopinado o excepcional, y determinar si por tales circunstancias se encuentra dentro de las previsiones normales que habrían de exigirse a quien alega el hecho para exonerarse.

Desde esta perspectiva se advierte que al perito Julio Villarreal se le preguntó para su dictamen si las variaciones de tráfico deberían considerarse previsibles o imprevisibles. El experto manifestó que contestaba *“desde una perspectiva económica”* sin hacer interpretaciones jurídicas. A tal efecto, el perito Villarreal realizó una proyección del tráfico para determinar cuál sería el comportamiento esperado o normal de la serie de datos de tráfico con el fin de establecer un intervalo de confianza y precisó que *“si la serie de datos del tráfico real desde el 2014 se encuentra dentro del intervalo proyectado, se podría considerar como previsible y en caso contrario (si se llegara a encontrar por fuera del rango) se podría considerar como imprevisible, en términos estadísticos y económicos”*¹³⁷. Al exponer su análisis, señaló que el intervalo de confianza es del 95%, el cual está en línea con la probabilidad de ocurrencia de este riesgo en la matriz de riesgo del contrato¹³⁸.

En el curso del proceso al ser preguntado el experto Julio Villarreal sobre la razón por la cual él escogió un intervalo de 95% como criterio para abordar la imprevisibilidad, explicó que *“[e]se es el estándar en estadística, se considera un evento cuya probabilidad de ocurrencia es inferior al 5% se denomina estadísticamente un evento de cola,…”* y agregó que *“es la medida que se utiliza para medir el riesgo de una variable aleatoria estándar en banca de inversión y en ingeniería financiera es del 95%”*.

Por su parte, en el dictamen de EConcept se expresa sobre dicho criterio que *“[l]a escogencia del criterio del 95% no es inusual, pero tampoco es la única opción posible. Si se quiere un mayor nivel de confiabilidad, por ejemplo 97.5% o 99%, que corresponden a niveles de confiabilidad mayores, pero también regularmente utilizados, el rango dentro del cual puede considerarse previsible la evolución de la variable, en este caso el tráfico, es más amplio en cada momento del tiempo que el mostrado por el perito en la página 195 de su dictamen”*¹³⁹. Igualmente, el experto Juan Carlos Echeverry, quien forma parte del equipo de EConcept, en su declaración precisó *“qué es algo imprevisible, estadísticamente algo imprevisible son observaciones de una variable que están, obviamente esto depende del juicio del investigador que pueden estar por fuera de un rango del 95% de las observaciones*

¹³⁶ Por ejemplo, sentencia del 8 de febrero de 2017 de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Expediente 25000-23-36-000-2013-01717-01(54614), la que cita numerosas sentencias de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

¹³⁷ Página 22 del Dictamen del perito Julio Villarreal Navarro de 31 de agosto de 2017. Cuaderno de Pruebas número 2, folio 276.

¹³⁸ Página 24 del Dictamen del perito Julio Villarreal Navarro de 31 de agosto de 2017. Cuaderno de Pruebas número 2, folio 278.

¹³⁹ Página 37 del Dictamen de EConcept AEI S.A.S. de 1° de marzo de 2018. Cuaderno de Pruebas número 6, folio 43.

o por fuera de un rango del 99% de las observaciones, esto se puede considerar realmente imprevisible y además muy distantes en el tiempo”.

A lo anterior se agrega que el perito Valora, para determinar si existía o no un cambio estructural, tomó el criterio de bandas de certeza determinadas por un porcentaje del 95%.

Adicionalmente, el señor Gustavo Andrés Ordoñez Salazar expresó en su declaración que, en el trámite de la iniciativa privada, *“por solicitud del Ministerio de Hacienda, nos piden construir una matriz de riesgos donde uno pudiera identificar cuál era la probabilidad con un grado de confianza del 95% de que esos tráfico se dieran o no se dieran (...)”*. En tal sentido, la señora Luz Elena Paternina Mora precisó que en estos casos el 5% se considera imprevisible.

Por lo anterior, el Tribunal encuentra que el 95% es tomado por los expertos en materia de proyecciones como un intervalo de lo que es de ocurrencia previsible, es decir de lo que quien estructura el proyecto debería asumir que puede ocurrir con el mismo y, por tal razón, los eventos imprevisibles serían aquellos que correspondieran al 5%, pues se trataría de casos excepcionales y sorprendentes. Sin embargo, considera el Tribunal que, desde un punto de vista jurídico, en todo caso deben tomarse en cuenta los límites que pueden tener las proyecciones y las omisiones que pueden presentarse al elaborarlas. En efecto, no se puede asumir necesariamente que el futuro se seguirá comportando como el pasado, cuando sobrevienen eventos que alteran el curso de las actividades. Adicionalmente, las proyecciones pueden presentar limitaciones por no contemplar determinadas variables que son cíclicas. Una persona diligente que observa cambios frente a los supuestos en que se basan sus análisis, debería tomar en consideración dichos cambios para verificar si se deben hacer ajustes.

Por otra parte, comoquiera que para hacer los análisis los peritos tomaron en cuenta el modelo de tráfico de Link-C, considera el Tribunal pertinente hacer referencia a los reparos que se formularon en el dictamen de EConcept a dicho modelo que proyecta el tráfico hasta el año 2045 y que busca medir la caída del tráfico durante la concesión. En primer lugar, se señala que el modelo fue calibrado en el año 2014, que fue precisamente el año en que se presentó una disminución pronunciada y severa de los precios del petróleo. Advierte que, al calibrar el modelo a esa fecha, el modelo tendrá un sesgo futuro hacia la baja. En el mismo sentido se advierte que el modelo toma los datos históricos de los años 2015 al 2017, que son años de tráfico decreciente, lo que sesga el modelo hacia el futuro. Se agrega que todas las proyecciones en el modelo de Link-C se hacen con datos históricos que por definición no prevén los cambios sustanciales que pueden producirse en el futuro, lo que se agrava cuando se selecciona, para calibrar el modelo, un período que tiene características sobresalientes. Lo anterior implica que no toma en cuenta los ciclos del petróleo, y el hecho de que después de la caída de 2014, el sector tiene un gran potencial de crecimiento. Señala que el hecho de que el modelo está sesgado hacia abajo se acredita si se toma en cuenta que las estimaciones del precio de petróleo del modelo para el 2021 ya fueron superadas desde finales del 2017. Igualmente se expresa que en la medida en que el modelo solo se basa en información histórica no toma en cuenta la existencia de otros sectores económicos que van a ser motor de crecimiento. Se agrega que el modelo tiene un alto énfasis en vehículos de carga, pero la experiencia muestra que carreteras

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

construidas para ser pagadas a través de peajes de vehículos de carga terminan siendo financiadas por autos particulares. Por otra parte, se señala que el modelo econométrico utilizado presenta grandes debilidades pues no incluye un número suficiente de observaciones para que pueda ser correcto. Añade que se estima el tráfico *“como función tan solo del PIB y de la población total (todas las variables para el nivel nacional), dejando por fuera variables tan importantes como el precio de los autos, el precio de la gasolina, el crecimiento sectorial del PIB (sobretudo en turismo y agroindustria como se comentó arriba), la tasa de cambio, la composición sectorial del PIB y, de manera importante, algunas variables específicas para el Meta, dado que el ámbito del proyecto es en ese departamento. Es decir, el modelo sufre del problema de variables omitidas de manera grave”*¹⁴⁰. Asimismo, se destaca que los estimativos de crecimiento del PIB que se utilizan para calcular después el crecimiento del tráfico son excesivamente bajos. Agrega finalmente que los comportamientos de las proyecciones de vehículos en el modelo son muy disímiles entre sí, y todas las categorías de vehículos crecen muy poco después de 2025, lo que es poco creíble, y todas las categorías muestran volatilidad excesiva, sin que medien explicaciones, por lo que la única explicación posible es que la metodología y el modelo están produciendo resultados poco consistentes.

Ahora bien, en su dictamen el perito Julio Villarreal realizó un ejercicio para determinar la previsibilidad de la caída del tráfico tomando las categorías de carga pesada, por cuanto la mayor proporción de los ingresos del concesionario corresponde a carga pesada, y estas categorías se han visto afectadas en mayor medida por la caída del sector petrolero. Para realizar el ejercicio, partió de las condiciones de tráfico del modelo financiero y las condiciones actuales de acuerdo con el modelo de tráfico elaborado por la firma Link-C. Asimismo, el perito utiliza dos modelos que considera se ajustan a la serie de datos, esto es el modelo ARIMA y el modelo de Suavizamiento Exponencial Doble. Afirma entonces que el tráfico que se presentó *“en los años posteriores al 2014 se encuentra por fuera de un rango previsible, estando por debajo del límite inferior establecido para la metodología de Suavizamiento Exponencial Doble. Para el modelo ARIMA, el tráfico del peaje La Libertad se encuentra por fuera del límite, mientras que el tráfico del peaje de Ocoa cae dentro del rango estando cerca del límite inferior”*¹⁴¹. Señala que la diferencia tiene sentido, considerando que es más fuerte la relación de tráfico de la Libertad con el sector petrolero, dada la ubicación del Campo Rubiales¹⁴². Agrega que, aunque no se tiene información histórica del tráfico en los peajes Casetabla y Yucao, como dichos peajes han tenido un comportamiento semejante al de La Libertad, se puede hacer el ejercicio y se obtiene que el comportamiento de los tres peajes muestra un comportamiento imprevisible. Por lo anterior concluye que *“la caída del tráfico, soportada por la menor producción del sector petrolero, se encuentra por fuera de un rango previsible estadísticamente, mostrando un*

¹⁴⁰ Página 64 del Dictamen de EConcept AEI S.A.S. de 1° de marzo de 2018. Cuaderno de Pruebas número 6, folio 70.

¹⁴¹ Página 25 del Dictamen del perito Julio Villarreal de 31 de agosto de 2017. Cuaderno de Pruebas número 2, folio 279.

¹⁴² Páginas 25 y 26 del Dictamen del perito Julio Villarreal Navarro de 31 de agosto de 2017. Cuaderno de Pruebas número 2, Folios 279 a 280.

*comportamiento no esperado dada la situación histórica en el periodo previo a la estructuración del proyecto*¹⁴³.

En relación con lo anterior, en el dictamen del perito EConcept se señala que en el modelo ARIMA que utiliza el perito Julio Villarreal el tráfico para el peaje La Libertad no cae por debajo del rango del 95% en 2014 ni en 2015, pero si lo hace en el 2016. Añade que lo anterior no significa que el tráfico vaya a continuar por debajo en los años posteriores. Critica a su vez el análisis del perito Julio Villarreal señalando que realiza sus pronósticos con información al año 2013, en vez de utilizar información a abril de 2015 que se encontraba a disposición del inversionista privado previamente a la firma del contrato de concesión en mayo de 2015.

Encuentra el Tribunal que, como lo indica EConcept, el dictamen del perito Julio Villarreal parte de la comparación entre los pronósticos realizados en el año 2013 y lo ocurrido en la concesión a partir de la firma del Contrato en el año 2015. Ahora bien, a juicio del Tribunal es claro que, por las razones que se expondrán más adelante, al aceptar las condiciones fijadas por la ANI a la iniciativa privada y al firmar Contrato en el año 2015, el Originador y el Concesionario debieron tener en cuenta las condiciones que existían en ese momento y por ello lo que podría ocurrir a partir de allí. Es decir que deberían examinar la caída del precio del petróleo y sus posibles consecuencias. Por consiguiente, no es razonable entonces que el Originador o el Concesionario no realizaran un nuevo análisis de la situación en el año 2015.

Por otra parte, como ya se advirtió, el dictamen del perito Valora realiza un análisis de la variación del tráfico con bandas de certeza determinadas con un criterio del 95% y concluye que el mismo se encuentra dentro de una distribución lognormal.

A la luz de lo anterior el Tribunal encuentra que no está establecido que las variaciones del tráfico sean estructurales e imprevisibles.

En efecto, por una parte no está establecido que se sitúen en el 5% de la banda, teniendo en cuenta una distribución lognormal, que es la que debe aplicarse a la luz de lo expuesto por el perito Valora, ni tampoco puede considerarse que dicha variación haya de mantenerse durante toda la concesión, por las razones que expone EConcept en su dictamen relacionadas con los ciclos de la industria petrolera y la posibilidad de que se produzca el desarrollo de otras actividades que allí se indican y que podrían generar un tráfico adicional.

Por otra parte, comoquiera que en las pretensiones de la Demanda Principal Reformada se hace referencia a la matriz de riesgo, estima pertinente el Tribunal referirse a ella.

¹⁴³ Página 27 del Dictamen del perito Julio Villarreal de 31 de agosto de 2017. Cuaderno de Pruebas número 2, folio 281.

Obra en el expediente la Matriz de Riesgo¹⁴⁴ en la cual se indica como riesgo los “Menores ingresos por disminución del recaudo de peajes”, el que se asigna al “Privado”, se identifica como de baja probabilidad de ocurrencia y de bajo impacto, y se expresa:

“Durante la etapa de factibilidad del proyecto se realiza el estudio de demanda de tráfico basado en conteos, encuestas de preferencia, la existencia de peajes, la topología actual y prevista de toda la red vial regional que incluye además de las vías propias de la APP Malla Vial del Meta las otras vías que se conectan con ellas, entre otras variables, con el cual se estima el flujo vehicular del proyecto. El estudio es de un grado alto de detalle y los pronósticos con suficiente confiabilidad. El impacto internaliza en el modelo de remuneración del concesionario bajo un esquema de valor presente por ingreso de peajes. El proyecto contempla 1 estación nueva y 5 existentes, de igual forma es de indicar que de presentarse un escenario de tráfico menor éste representaría alrededor de un 5% de los ingresos. La probabilidad del riesgo se considera baja (B) y el impacto se ubica en la zona baja (B).” (se subraya)

En relación con lo anterior, lo primero que advierte el Tribunal es que en ninguno de los documentos contractuales se establece que la matriz de riesgo forma parte del Contrato. En este sentido, se destaca que el numeral 19.14 de la Parte General del Contrato, que regula la prelación de los documentos que hacen parte del Contrato, no hace referencia alguna a la matriz de riesgo elaborada por el Originador del proyecto y que sirvió de insumo para que elaborara su propuesta.

Por otra parte, en el Contrato claramente se establece que el riesgo de tráfico es del concesionario y no se establece la limitación mencionada. En efecto, la cláusula 13.2 del Contrato establece:

“13.2 Riesgos asignados al Concesionario

“(a) Salvo que la Parte Especial prevea otra cosa, los siguientes son los riesgos asignados al Concesionario, además de los que le sean asignados en otras partes del Contrato (incluyendo sus Apéndices) o de los que por su naturaleza deban ser asumidos por el Concesionario:

“ ...

“(xviii) Los efectos favorables o desfavorables de la variación del tráfico durante la vida del Proyecto.”

Para el Tribunal, la matriz de riesgo en el presente caso constituye una herramienta para el diseño del Contrato, pero no constituye parte de la regulación contractual, por lo cual no puede entenderse que el hecho de que allí se señale que en el escenario de tráfico menor éste representaría alrededor de un 5% de los ingresos, esto constituya un límite al riesgo que asume el concesionario. Es pertinente destacar que tampoco se ha acreditado en el expediente ninguna razón por la cual se pudiera considerar que el impacto de la ocurrencia del riesgo del tráfico sería del 5% de los ingresos. Lo que se ha señalado en el proceso es

¹⁴⁴ Anexo número 3 Matriz IP Malla Vial (Dic 17-14) DEF.xlsx, que obra en el DVD en el folio 7 del Cuaderno de Pruebas número 1.

que una caída de ingresos que sólo pudiera ocurrir en menos del 5% de los casos sería imprevisible, que es un concepto totalmente distinto.

Por otra parte, en la pretensión décima séptima de la Demanda Principal Reformada, la Demandante solicita que se declare que el *“Concesionario estimó variaciones de tráfico respecto del inicialmente previsto en un 5%, según la Matriz de Riesgo”*, que fue evaluada por el Departamento Nacional de Planeación, el Ministerio de Hacienda y la ANI.

Lo primero que se advierte es que en la Matriz de Riesgo no se hace referencia una variación del tráfico del 5%, sino a que el riesgo se califica de bajo impacto porque en el evento de presentarse un *“tráfico menor éste representaría alrededor de un 5% de los ingresos”*.¹⁴⁵

Ahora bien, en cuanto a la revisión por la ANI, por el Ministerio de Hacienda y el Departamento Nacional de Planeación, es pertinente determinar cuál es el alcance de la misma y si tiene consecuencias al punto de determinar los efectos de la variación del tráfico.

Al respecto, es pertinente señalar lo siguiente:

En el pronunciamiento del Director General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda¹⁴⁶, (Viabilidad MHCP Radicado_2-2015-001974), el mismo procede a dar aprobación a las obligaciones contingentes presentadas respecto del Proyecto de Iniciativa Privada denominada “Malla Vial del Meta”.

A este respecto, señala la Dirección que el artículo 6 de la ley 448 de 1998 establece *“que la DGCPTN debe aprobar las valoraciones de las obligaciones contingentes que realicen las entidades estatales que efectúen aportes al Fondo de Contingencias. Por ese motivo, cuando se trata de proyectos de APP en las que dicho fondo no sea el mecanismo previsto para atender la posible materialización de contingencias a cargo de la Nación, esta Dirección no tiene competencia para conceptuar sobre la idoneidad de los mecanismos. Esto por cuanto es la ANI quien los establece, toda vez que su definición e implementación es contractual y solo puede ser efectuada por la entidad estatal, que como parte del contrato tiene la función, los elementos técnicos y el criterio para evaluar su suficiencia”*. Agrega que *“esta aprobación se efectúa con base en los estudios que adelantó la ANI y las conclusiones a las que llegó en ese ejercicio, respecto de la confidencialidad (sic) de la calificación de riesgos (probabilidad e Impacto) y la suficiencia de los citados mecanismos de compensación de riesgos”*. Sostiene que para la aprobación la DGCPTN revisó la matriz de riesgo presentada; verificó si existían contingencias que se ubicaran dentro del área de riesgos determinada por el MHCP conforme a lo señalado en el artículo 45 del Decreto 423 de 2001 y evidenció con base en la información suministrada, que el riesgo por sobrecostos en la adquisición predial se encuentra en la zona descrita y que los mecanismos de compensación son suficientes. De igual manera, se tuvo en cuenta la certificación y el Anexo 7 *“«Suficiencia de los Mecanismos de Compensación» entregados por parte de la*

¹⁴⁵ Anexo 3 Matriz IP Malla Vial (Dic 17-14) DEF.xlsx, que obra en el DVD en el folio 7 del Cuaderno de Pruebas número 1.

¹⁴⁶ Obra en el DVD que aparece en el folio 7 del Cuaderno de Pruebas número 1.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

ANI en donde se evidencia, que los mecanismos de compensación por riesgo resultan suficientes durante el plazo del contrato de concesión para los riesgos que pudieren tener un impacto significativo en el proyecto, como lo son: no instalación de casetas de peaje, no incremento de tarifas y sobrecostos ambientales y de redes”.

Finalmente señala “*que esta solicitud no se puede entender como una no-objeción a las condiciones financieras y las cláusulas contractuales que rigen las mismas, dado que ésta es una APPIP-SRP y no es competencia de la DGCTN pronunciarse sobre tales aspectos”.*

Lo anterior implica que la revisión del Ministerio de Hacienda fue puntal. En todo caso, no aparece acreditado que el Ministerio haya asumido como propio el cálculo realizado y la afirmación de que el riesgo sólo afectaría el 5% de los ingresos.

Asimismo, tampoco aparece prueba en el expediente de que el DNP haya hecho una revisión de estos aspectos, pues lo que dicha entidad debe hacer es revisar el Comparador Público Privado, el cual tiene por objeto establecer “*si la participación del sector privado en asociación con el sector público puede aportar más valor en el desarrollo del proyecto”.*

Por lo que se refiere a la ANI, ha de observarse que la misma conoció el proyecto, pero legalmente su revisión no implica sustituir al contratista en la valoración. Como ya se señaló en otro aparte de este laudo, la revisión de la ANI se limita a los factores que señala la ley y busca establecer la viabilidad del proyecto con base en lo que el Originador le presenta. Corresponde al Originador que propone la iniciativa privada revisar a fondo todo lo que propone, pues él asume el deber de planeación y en desarrollo del mismo asigna el riesgo. Por lo demás, es claro que una cosa es estructurar un proyecto y otra distinta revisar la estructuración. Quien estructura, por la naturaleza misma de su trabajo, puede tener a su disposición muchos más elementos que quien revisa la estructuración, pues este parte de la base de lo ya analizado y revisado.

Finalmente, en cuanto a la revisión por parte del Consorcio BTC, que fue contratado por la ANI para la revisión de siete proyectos incluyendo la APP de Iniciativa Privada Malla Vial del Meta, cuyo informe aparece en el expediente¹⁴⁷, se encuentra que dicho informe tiene “por finalidad la revisión de los documentos de las áreas de Diseño Geométrico, Diseño Hidráulico, Interferencia de Redes de servicios públicos, Presupuesto y Programación, y Análisis de los Componentes de Mantenimiento y Operación para la Concesión”. Por consiguiente, no se encuentra acreditado en el expediente que dicho Consorcio haya revisado la forma como se realizaron las proyecciones, las razones por las cuales se seleccionó un escenario y el motivo por el cual en caso de ocurrencia del riesgo de tráfico los ingresos caerían en un 5%.

En este contexto no puede prosperar la pretensión décima séptima, porque de una parte lo que estimó la Demandante en la Matriz de Riesgo no fueron variaciones de tráfico, sino en los ingresos por razón de variaciones de tráfico. Además, en todo caso, no está acreditado

¹⁴⁷ Contenido en el DVD obrante a folio 7 del Cuaderno de Pruebas número 1.

que dicho resultado hubiere sido evaluado por el Departamento Nacional de Planeación, el Ministerio de Hacienda, la ANI o la firma evaluadora de la iniciativa privada.

Por otra parte, el Demandante solicita que se declare que “las estimaciones del incremento de tráfico realizadas por el Concesionario en el Modelo Financiero del Proyecto entregado en factibilidad del año 2013 son razonables e idóneas de acuerdo con el estudio histórico de la evolución del tráfico en la región en general y en la zona del Proyecto en particular, realizada por el Originador del Proyecto y base del modelo financiero del mismo”. Al respecto advierte el Tribunal que en la fecha en que se entregó el modelo financiero las estimaciones podrían ser consideradas razonables, pues los peritos no formulan críticas a este respecto. En todo caso debe observarse que de conformidad con lo indicado por el perito financiero Valora, el Modelo Financiero tomó en cuenta el escenario de tráfico alto del estudio de Consultoría Colombiana, por lo que no eran las únicas estimaciones previsibles.

Es importante señalar que la Demandada y el dictamen de EConcept hacen referencia a que el Originador debió considerar las condiciones en el año 2015. A este respecto advierte el Tribunal que para determinar lo que debió tener en cuenta el Originador es importante precisar si habiendo presentado una iniciativa privada el Originador mismo podía decidir no contratar o solicitar la modificación de las condiciones cuando la entidad estatal le informa que considera la iniciativa viable o antes de celebrar el contrato con la entidad estatal.

A este respecto debe observarse que una vez que la iniciativa privada presentada en etapa de factibilidad ha sido analizada el artículo 16 de la ley 1508 dispone que, si *“la entidad pública competente considera la iniciativa viable y acorde con los intereses y políticas públicas, así lo comunicará al originador informándole las condiciones para la aceptación de su iniciativa incluyendo el monto que acepta como valor de los estudios realizados, ...”*. Agrega la ley que *“[c]omunicada la viabilidad de la iniciativa, el originador del proyecto podrá aceptar las condiciones de la entidad estatal competente o proponer alternativas”*. Señala además la ley que *“[e]n cualquier caso, en un plazo no superior a dos (2) meses contados desde la comunicación de la viabilidad, si no se llega a un acuerdo, se entenderá que el proyecto ha sido negado por la entidad pública”*.

Por consiguiente, del texto legal se desprende que aún cuando la entidad pública considere viable el proyecto, el originador no está obligado a contratar, y, por consiguiente, si a la luz de las nuevas circunstancias considera que el proyecto no es conveniente para él puede abstenerse de adelántarlo.

Adicionalmente dispone la ley que *“[l]ogrado el acuerdo entre la entidad estatal competente y el originador del proyecto”* cuando la iniciativa privada no requiera desembolso de recursos públicos, la entidad debe publicar el acuerdo, los estudios y la minuta de del contrato y sus anexos en el SECOP, indicando las condiciones que deben cumplir los potenciales interesados y anunciando su intención de adjudicar el contrato al proponente originador. Señala la ley que transcurrido el plazo sin que ningún interesado distinto al originador manifieste su interés o cumpla las condiciones para participar en la ejecución, *“se podrá contratar con el originador, de manera directa en las condiciones pactadas”*. Lo anterior indica que, si bien dentro del procedimiento se prevé un acuerdo entre la entidad

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

estatal y el originador sobre las condiciones en las que se acepta por la entidad la iniciativa privada, tal acuerdo no implica la celebración de un contrato, pues la entidad puede contratar con el originador o con otro interesado. A lo anterior debe agregarse que las normas legales no le exigen al originador o con otro interesado que constituya una garantía de seriedad de su propuesta, lo que reafirma que sólo cuando las partes, la entidad estatal y el originador, celebren el contrato quedan obligados.

Por lo anterior debe concluirse que incluso antes de contratar, el originador o el concesionario podrían llamar la atención de la entidad pública acerca del cambio de circunstancias que afectaban la viabilidad del proyecto para abstenerse de celebrar el contrato o modificar las condiciones para su perfeccionamiento.

Así las cosas, y en la medida en que, como ya se señaló, es el originador de la iniciativa privada quien tiene el deber de planeación, debe entenderse que el mismo debe estar atento a cualquier cambio de circunstancias que pudiera afectar el desarrollo del contrato que está por celebrar.

Partiendo de lo anterior se encuentra que, en el año 2015, cuando el Originador aceptó las condiciones de la ANI y cuando se celebró el Contrato de Concesión, existían elementos adicionales en el entorno que debieron ser considerados. En efecto, en el dictamen de EConcept se expresa en el acápite de conclusiones lo siguiente:

“En suma, más que un presunto cambio estructural de carácter ‘imprevisible’, como afirma el perito, desde 2014 ha habido un ciclo típico de la industria petrolera y de los segmentos de la economía nacional ligados al precio del petróleo. Estos ciclos, como su nombre lo indica, se repiten, son predecibles y deben ser tenidos en cuenta por los empresarios que adelantan actividades económicas sujetas a ellos.

“Es el caso del sector transporte, dependiente del tráfico vehicular, el cual está ligado a los movimientos de crudo, carga y personas entre centros poblados y centros de producción petrolera. La caída del precio de 2014 no era imprevisible, y su magnitud estaba dentro de fluctuaciones normales observadas en el pasado reciente; de hecho, a lo largo de los últimos 10 años. Inclusive si los análisis del concesionario la consideraron imprevisible en 2014, para mayo de 2015, al momento de la suscripción del contrato de concesión, era claramente visible y previsible.

“En las páginas precedentes hemos presentado evidencia que en nuestra opinión es elocuente y suficiente sobre el hecho de que:

“1) los cambios en las condiciones económicas eran plenamente conocidos por la opinión informada, estaban disponibles en publicaciones de uso general como el DANE, las cotizaciones internacionales del precio del crudo, las proyecciones de bancos internacionales y de agencias especializadas en el mercado energético.

“2) Esas condiciones eran de conocimiento general en el momento que el concesionario suscribió el contrato de concesión No. 004, el día 5 de mayo de 2015. Típicamente están contempladas en escenarios de los modelos financieros y son objeto de estrategias de mitigación de riesgos.

“3) Los cambios que se observaron en el mercado petrolero mundial eran predecibles, formaban parte de un ciclo de ocurrencia normal y esperable, y su nivel se había observado tan solo cuatro años antes.

“4) La disminución en la oferta petrolera del municipio de Puerto Gaitán se venían presentando desde 2013, era una tendencia ampliamente conocida y documentada de declinación natural de la producción del campo Rubiales.

“5) Los cambios en la economía regional y nacional también son parte de un ciclo de negocios caracterizado por crecimientos positivos durante dos a cuatro años, seguidos de crecimiento negativos de uno a tres años; estos son ciclos conocidos y repetitivos.

“6) El impacto de estas fluctuaciones económicas sobre las proyecciones de ingresos de un modelo de concesión debe ser objeto de estudio y mitigación, tal como lo afirma Karen M. Mokate en su libro *Evaluación Financiera de Proyectos de Inversión*, UniAndes, 2004, Capítulo 11, ‘la forma como se debe abordar este tratamiento de la incertidumbre es a través de 1) definición de escenarios; 2] análisis de sensibilidad del entorno; 3) el valor esperado y la varianza; y 4) la simulación de la distribución de probabilidad de los criterios de rentabilidad.’

“7) Contrario a lo que afirma el perito en el numeral 51., página foliada 303, en mayo de 2015 sí era posible estimar un cambio en las proyecciones de crecimiento nacional y departamental y su efecto en el proyecto de concesión.”

148

Al analizar los dictámenes en conjunto, encuentra el Tribunal razonables las conclusiones del dictamen de EConcept en la medida en que este se refiere en forma puntual a información que podía conocer el Originador cuando aceptó las condiciones de la ANI y cuando se celebró el Contrato de Concesión en el año 2015. Por lo anterior el Tribunal concluye que si bien inicialmente cuando se presentaron las estimaciones de tráfico podían considerarse razonables e idóneas, a partir del 2015 ya no lo eran.

Por otra parte, la Demandante solicita que se declare que las variaciones definitivas y estructurales del ingreso derivado del tráfico superan en el 45% las variaciones del ingreso inicialmente estimadas por el concesionario. A este respecto, se observa que en el dictamen elaborado por el experto Julio Villarreal se proyectan los ingresos con base en los cálculos de tráfico realizados por Link C, y se señala como conclusión que *“la disminución de tráfico [de] todas las categorías a excepción de la Categoría II representan una disminución de 57% en el valor presente del total de los ingresos de la concesión. Lo anterior en términos monetarios asciende a una suma de \$1.811.857 millones de menor ingreso por recaudo de peajes para la ventana de tiempo definida previamente”*¹⁴⁹.

Por su parte, en el Dictamen de Valora se expresa¹⁵⁰:

¹⁴⁸ Páginas 27 a 29 del dictamen de EConcept AEI S.A.S. de 1° de marzo de 2018. Cuaderno de Pruebas número 6, folios 33 a 35.

¹⁴⁹ Páginas 20 y 21 del Dictamen de Julio Villarreal de 31 de agosto de 2017. Cuaderno de Pruebas número 2, folios 274 a 275.

¹⁵⁰ Página 35 del Dictamen de Valora Consultoría S.A.S. de 30 de mayo de 2018. Cuaderno de Pruebas número 6, folio 289.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

“Se presenta en la siguiente tabla la variación total y porcentual de Recaudo para la Concesión²¹. Se destaca una variación total del recaudo en la Concesión del -45%, la cual se explica mayormente a partir de una variación del tráfico de -37%

<i>Tabla 9. Variación de Recaudo 2015-2018 por Peaje Estación o Peaje</i>	<i>Recaudo Estructuraci ón</i>	<i>Recaudo Real</i>	<i>Δ Recaudo</i>	<i>Δ</i>	<i>Δ Tráfico</i>	<i>Δ</i>
<i>Ocoa</i>	<i>123.598</i>	<i>122.346</i>	<i>-1.252</i>	<i>-1%</i>	<i>-6.784</i>	<i>-5%</i>
<i>Iracá</i>	<i>51.843</i>	<i>47.829</i>	<i>-4.014</i>	<i>-8%</i>	<i>-6.247</i>	<i>-12%</i>
<i>La Libertad</i>	<i>120.014</i>	<i>81.661</i>	<i>-38.352</i>	<i>-32%</i>	<i>-41.025</i>	<i>-34%</i>
<i>Casetabla</i>	<i>127.067</i>	<i>24.525</i>	<i>-102.542</i>	<i>-81%</i>	<i>-72.465</i>	<i>-57%</i>
<i>Yucao</i>	<i>114.743</i>	<i>19.684</i>	<i>-95.059</i>	<i>-83%</i>	<i>-71.727</i>	<i>-63%</i>
<i>Concesión</i>	<i>537.264</i>	<i>296.045</i>	<i>-241.219</i>	<i>-45%</i>	<i>-198.247</i>	<i>-37%</i>

“...” (se subraya)

Dicho menor ingreso se ve reflejado en el patrimonio autónomo que administra los recursos del Contrato de Concesión No. 004 de 2015, tal como se desprende de la certificación no. 210-2018-421759 de Fiduoccidente que obra en el expediente¹⁵¹.

Adicionalmente, el perito Valora expresó en su dictamen que la Fiduciaria certificó que el valor del recaudo de peajes desde el mes de junio de 2015 al mes de marzo de 2018 era la suma de COP \$229.841.418.013, la cual es consistente con la información del concesionario¹⁵² y al hacer los cálculos se arriba a la conclusión ya señalada: que la variación total del recaudo en la Concesión es del -45%¹⁵³.

Por consiguiente, a la luz de lo anterior es claro que debe prosperar la pretensión décima novena, con excepción de la calificación de que la variación es definitiva, pues tal hecho no aparece acreditado. En efecto, no aparece establecido que la modificación del tráfico que se ha presentado debiera mantenerse en los mismos niveles durante toda la vigencia del Contrato de Concesión, particularmente si se toma en cuenta el análisis realizado por EConcept, el cual hace referencia a los ciclos de la actividad petrolera y señala que “los campos petroleros del departamento del Meta, Rubiales, Catilla y Chichimene, todos localizados en el área de influencia de la concesión No. 004 de 2015, han contribuido en 2017 a adicionar reservas de hidrocarburos” Agrega que “[l]as inversiones esperadas en estos campos para lo que resta de esta década y para la siguiente auguran un futuro para la actividad económica”. Así mismo afirma que “[e]l dividendo de la paz firmada con las FARC puede ser un crucial dinamizador de las actividades económicas en la región, en

¹⁵¹ Folios 230 a 236 del Cuaderno de Pruebas número 6.

¹⁵² Páginas 29 y 30 del Dictamen de Valora Consultoría S.A.S. de 30 de mayo de 2018. Cuaderno de Pruebas número 6, Folio 283 a 284.

¹⁵³ Página 35 del Dictamen de Valora Consultoría S.A.S. de 30 de mayo de 2018. Cuaderno de Pruebas número 6, folio 289.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

particular, la evolución de la agroindustria, el turismo y las actividades mineras, lo cual traería más tránsito por las carreteras”.

Por otra parte, por las consideraciones ya expuestas encuentra el Tribunal que debe prosperar la pretensión vigésima segunda.

En cuanto a la pretensión vigésima tercera, se observa que en ella se solicitó que se declarara que por la reducción de los ingresos se tendrían las siguientes variaciones en los indicadores que seguidamente se señalan:

	<i>Estructuración</i>	<i>Condiciones Actuales</i>
<i>TIR proyecto real</i>	8.350/0	-7.730/0
<i>TIR inversionista Real</i>	9.360/0	-8.720/0
<i>Deuda millones (pesos diciembre 2013)</i>	\$ 1,021,566	\$0
<i>Equity millones (pesos diciembre 2013)</i>	\$523.481	\$1,597,610
<i>VPN Flujos del inversionista (Millones)</i>	\$0*	\$-895,416 **

*La rentabilidad obtenida igual a la TIR inversionista

**La sumatoria de los flujos es \$-1.337.047; no obstante, al descontar una pérdida el VPN es menor.

Ahora bien, al examinar el modelo financiero que se anexó al Dictamen Pericial del experto Julio Villarreal se encuentra que la TIR del proyecto real es 8.30%; la TIR del inversionista real es de 9.36%; la deuda total es \$1.021.565.692.378 en pesos de diciembre de 2013; y el equity asciende a un valor de \$523.481.688.839 en pesos de diciembre de 2013, por consiguiente, están acreditadas dichas condiciones en el momento de la estructuración.

Por otra parte, el perito Valora indica la diferencia entre la valoración del proyecto en el escenario Base y en el escenario alternativo I que toma en consideración el escenario de tráfico de Link C.

En el escenario base, el valor del proyecto es de \$1.077.063, y en el escenario alterno I, que corresponde a las condiciones de tráfico y tarifas según los datos de la ANI y las proyecciones de Estudio Link -C 2017, es de -772.060, por lo que el delta es de -171,68%¹⁵⁴. Por otra parte, la TIR del inversionista, que en el escenario en que no exista deuda es igual a la TIR del proyecto, en el escenario mencionado es de -0,24%¹⁵⁵. En los dictámenes periciales no se indica cual sería el valor actual del equity.

En razón a que las cifras que indica el perito financiero difieren de las de la Demandante, el Tribunal sólo puede acceder a la pretensión en lo que se refiere a los valores de la estructuración y a las cifras que indica el perito Valora esto es:

¹⁵⁴ Dictamen del Perito Valora Consultoría S.A.S., página 56.

¹⁵⁵ Dictamen de Valora Consultoría S.A.S., página 58.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

	<i>Estructuración</i>	<i>Condiciones Actuales</i>
<i>TIR proyecto real</i>	8.350/0	-0.24%
<i>TIR inversionista Real</i>	9.360/0	-0.24%
<i>Deuda millones (pesos diciembre 2013)</i>	\$ 1,021,566	\$0
<i>Equity millones (pesos diciembre 2013)</i>	\$523.481	-
<i>VPN Flujos del inversionista (Millones)</i>	\$0*	-

En cuanto a la pretensión vigésima, en la que se solicita se declare que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993, el contratista podrá renunciar a la ejecución del contrato estatal cuando "las modificaciones alteran el valor del contrato en veinte por ciento (20%) o más del valor inicial", debe observarse que el citado artículo de la ley 80 de 1993 establece:

“Artículo 16º.- De la Modificación Unilateral. Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios.

“Si las modificaciones alteran el valor del contrato en veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento, se ordenará la liquidación del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo.”

Como se puede apreciar, la pretensión que se plantea se refiere a la facultad del contratista de renunciar al Contrato en el supuesto de modificación unilateral del mismo. Ahora bien, en el presente caso no se ha presentado un supuesto de modificación unilateral del Contrato. En efecto, la Demanda Principal Reformada se funda en la disminución de ingresos como consecuencia de la reducción en el tráfico y de la modificación de la estructura tarifaria realizada por el Ministerio de Transporte a solicitud de la ANI. Por lo que se refiere a la reducción de ingresos como consecuencia de la variación del tráfico, es evidente que en este caso no existe una modificación unilateral del Contrato. Por otra parte, en cuanto hace referencia a la modificación de la estructura tarifaria por el Ministerio de Transporte debe observarse que precisamente el Contrato contemplaba la posibilidad de que se produjeran modificaciones tarifarias y a tal efecto dispuso que en tal caso la ANI asumiría el riesgo correspondiente. En esta medida, la decisión del Ministerio de Transporte no constituye una modificación del Contrato, sino un evento previsto en el mismo. No sobra además señalar que una modificación unilateral del Contrato supone, por su naturaleza, un acto de la parte en el negocio jurídico y no de otra entidad. En consecuencia, no prospera la pretensión vigésima.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

Por la misma razón no puede prosperar la pretensión vigésima cuarta de la Demanda Principal Reformada, en la que se solicita que se declare que como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993 y sus desarrollos jurisprudenciales, acreditada la variación sustancial más allá del 45% de las condiciones iniciales de contratación, Concesión Vial de Los Llanos S.A.S., concesionario contratista en el Contrato de Concesión No. 004 de 2015, puede renunciar a continuar con la ejecución del Contrato.

En cuanto a la pretensión vigésima primera de la Demanda Principal Reformada, en la que se solicita que se declare que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993, las variaciones estructurales en el ingreso derivado del tráfico del Proyecto y la no aplicación de las tarifas contractuales, como premisas esenciales del Caso Financiero Base del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, superan el 45% de fluctuación respecto de lo previsto en el Modelo Financiero del Proyecto, el Tribunal encuentra que si bien es claro que la variación en los ingresos del tráfico supera el 45% de los ingresos, ello no guarda relación con el artículo 16 de la ley, por lo que esta pretensión no puede prosperar.

Por lo que se refiere a la pretensión vigésima quinta de la Demanda Principal Reformada, encuentra el Tribunal que la fluctuación del tráfico es más del 45% de lo previsto en el modelo financiero, por lo que se afecta sustancialmente el esquema financiero del proyecto. Ahora bien, pretende la Demandante que se declare que por esa razón se hace inviable la ejecución en las condiciones inicialmente propuestas por el Originador, pues como pre-requisito de inicio de la fase de construcción se debe acreditar el cierre del proyecto. En relación con el cierre financiero se remite el Tribunal al análisis que se realiza en otro aparte de este laudo, en el cual se concluye que actualmente por razón de la negativa de los bancos a otorgar financiación, fundada en los flujos del proyecto, no es posible realizarlo.

En este contexto considera el Tribunal que la pretensión vigésima quinta está llamada a prosperar.

En cuanto a la pretensión vigésima sexta de la Demanda Principal Reformada, en la que se solicita que se declare que como consecuencia de las variaciones estructurales del tráfico del Proyecto y la no aplicación del esquema tarifario contractual, en tanto premisas esenciales del Caso Base del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, los prestamistas no están dispuestos a otorgar la financiación en la proporción del sesenta y seis por ciento (66%) de deuda requerida para la ejecución del Proyecto en Concesión, según el esquema financiero previsto en su estructuración y que fue premisa esencial del Caso Base del Originador, considera el Tribunal que a la luz de las comunicaciones del año 2016 en las que diversas entidades financieras manifiestan su voluntad de no suministrar el financiamiento, por la baja cobertura de deuda o que el proyecto no puede soportar el nivel de deuda¹⁵⁶ y de lo expuesto por el perito Julio Villarreal en su dictamen¹⁵⁷, es claro

¹⁵⁶ Folios 441 a 444 del Cuaderno de Pruebas número 1.

¹⁵⁷ Expresa el señor Julio Villarreal “Así las cosas, con la nueva rentabilidad proyecto (0,04% EA) no se podría encontrar una entidad bancaria que permita el cierre financiero de la concesión, pues lo que retorna el proyecto por sí solo, no alcanza para cubrir el pago de las obligaciones de financiación que se encuentran por encima

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

que en las condiciones actuales no es posible obtener financiación para el proyecto, por lo que dicha pretensión está llamada a prosperar en lo que atañe a las variaciones del tráfico. En todo caso, como quiera que el Tribunal ha concluido que no hay cambio estructural, hará la declaración consiguiente, sin esa calificación.

Por lo que se refiere a la pretensión vigésima séptima de la Demanda Principal Reformada, en la que se solicita que se declare que las variaciones estructurales en el tráfico del Proyecto y la no aplicación del esquema tarifario contractual, premisas esenciales del Caso Base del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, en cuanto hace a su factibilidad financiera, devinieron estructurales en el contexto de la economía nacional, y particularmente en el contexto de la economía regional en la zona de ubicación del Proyecto en Concesión, constituyen hechos imprevisibles, y en todo caso, irresistibles para la sociedad CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S., Contratista Concesionario, y por lo mismo, son ajenas a la esfera de riesgos asumidos por el Contratista Concesionario, y en cualquier caso desbordan cualquier previsión razonable y previsible que haya servido de base a su asignación, considera el Tribunal lo siguiente:

Lo primero que debe observarse frente a esta pretensión es que en el presente caso las variaciones en el tráfico del proyecto no constituyen hechos imprevisibles, por lo que ya se indicó en otro aparte de este laudo. Por lo demás, tampoco puede ser considerada como imprevisible la variación de las tarifas por la autoridad estatal pues en tal caso el Contrato contempla una regla sobre el particular. Por tal razón esta pretensión no puede prosperar.

Por lo que se refiere a la pretensión vigésima octava de la Demanda Principal Reformada, en la que se solicita que se declare que la ejecución del Proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 por Concesión Vial de Los Llanos S.A.S., en las condiciones actuales, resulta financieramente inviable para el Contratista — Concesionario, debe el Tribunal precisar el sentido de dicha pretensión. En efecto, lo inviable es según, el Diccionario de la Real Academia Española, lo “*que no tiene posibilidades de llevarse a cabo*”. Desde esta perspectiva, la pretensión busca que se declare que el proyecto no tiene posibilidades de llevarse a cabo desde un punto de vista financiero. Ahora bien, el Tribunal encuentra que ciertamente en las condiciones actuales el proyecto es inviable financieramente, en el sentido que no puede realizarse en la forma como fue previsto desde el punto de vista financiero, por lo que esta pretensión debe prosperar.

En cuanto a la pretensión trigésima segunda de la Demanda Principal Reformada, en la que el Demandante solicita que se declare que la variación del ingreso derivado del tráfico del proyecto y la no aplicación del esquema tarifario, desbordan el riesgo asumido por el concesionario, considera el Tribunal lo siguiente:

En primer lugar, ha de distinguirse entre las variaciones por razón del tráfico en el proyecto y las que resultan de la no aplicación del esquema tarifario.

del 0,04% EA, ni siquiera cubriría el costo de la deuda, que como se observó en la pregunta anterior, supera este valor.” Página 42 del Dictamen. Cuaderno de Pruebas número 2, folio 296.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

En lo que se refiere al riesgo por la variación del tráfico, como ya se indicó, de acuerdo con el Contrato el Concesionario asumió el riesgo del tráfico. Ahora bien, en principio, de acuerdo con la ley, el riesgo que se asume es el previsible. Como resulta del dictamen del perito Valora ya citado, el menor ingreso que se ha producido se encuentra dentro de la franja de certeza frente al ingreso inicialmente previsto, asumiendo un cálculo log normal. Lo anterior implica que dicha variación no es imprevisible y por ello debe entenderse incluida en el riesgo que asumió el Concesionario.

En cuanto a la variación por la no aplicación del esquema tarifario, como ya se señaló en otro aparte de este laudo, tal eventualidad fue expresamente prevista en el Contrato como un riesgo asumido por la ANI, por lo que frente al mismo no cabe predicar que desborda el riesgo asumido por el concesionario.

Por lo que se refiere a la pretensión trigésima tercera de la Demanda Principal Reformada, en la que se solicita que se declare que las variaciones sustanciales del ingreso derivado del tráfico del Proyecto y la no aplicación del esquema tarifario contractual más allá de un cuarenta y cinco por ciento (45%) de las previsiones inicialmente contempladas por el Concesionario, devinieron en estructurales, constituyéndose en un hecho imprevisible y en todo caso irresistible para el Concesionario, encuentra el Tribunal que esta pretensión no está llamada a prosperar por cuanto, como ya se explicó, las variaciones del tráfico no son estructurales ni imprevisibles.

En cuanto a la pretensión trigésima cuarta de la Demanda Principal Reformada, en la que se solicita que se declare que de conformidad con la normativa vigente en materia de contratación estatal, y en particular por lo dispuesto en los artículos 4, 5, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993, 4 de la Ley 1150 de 2007 y 13 de la Ley 1682 de 2013, Concesión Vial de Los Llanos S.A.S., en tanto contratista estatal, solo puede asumir los riesgos previsibles y/o resistibles, según su identificación, previsión y cuantificación en la Matriz de Riesgos del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, el Tribunal debe señalar que de conformidad con las normas que rigen la contratación estatal, en estos contratos debe estimarse y asignarse los riesgos previsibles, por lo que solo puede entenderse que los riesgos que asumió el Demandante en las estipulaciones del Contrato, o por razón de la naturaleza de las obligaciones a su cargo, son los previsibles.

En relación con la pretensión trigésima quinta de la Demanda Principal Reformada, en la que se solicita que se declare que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la ley 1150 de 2007, los riesgos imprevisibles y/o irresistibles no son asignables al contratista estatal, advierte el Tribunal que las normas que regulan a materia y, en particular, el artículo 4º de la ley 1150 de 2007, prevén la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles. Dichas normas no hacen referencia a los riesgos irresistibles. Lo anterior obedece al hecho de que, si el riesgo es irresistible, pero es previsible, pueden adoptarse medidas que si bien no impiden su acaecimiento si pueden conjurar o mitigar sus efectos. Tal es el caso, por ejemplo, de las pólizas de seguros. Por lo anterior, la pretensión trigésima quinta solo prospera parcialmente en el sentido de declarar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la ley 1150 de 2007, los riesgos imprevisibles no son asignables al contratista estatal.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

En relación con la pretensión cuadragésima segunda de la Demanda Principal Reformada en cuyo segundo párrafo se solicita que se declare que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, en su condición de entidad contratante — concedente en el Contrato de Concesión 004 del 5 de mayo de 2015 ha tenido conocimiento de “Las variaciones estructurales de las premisas esenciales del Caso Base del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, en cuanto hace a su factibilidad financiera, que devinieron estructurales en el contexto de la economía nacional, y particularmente en el contexto de la economía regional en la zona de ubicación del Proyecto en Concesión”, encuentra el Tribunal que la misma no puede prosperar, en la medida en que, como ya se ha expuesto, no encuentra que se hayan presentado variaciones estructurales en las premisas esenciales del Caso Base del Contrato de Concesión.

En la pretensión sexagésima cuarta de la Demanda Principal Reformada la Demandante solicita que se declare que la ejecución del proyecto en las condiciones actuales implicaría una serie de consecuencias que se indican en la pretensión.

A tal efecto, procede el Tribunal a examinar cada una de dichas consecuencias a la luz de las pruebas recaudadas.

En primer lugar, se solicita en la pretensión se declare que: *“1) Como consecuencia de las graves afectaciones del tráfico, resulta insuficiente cualquier ampliación de plazo con el propósito de remunerar la ejecución de las obras”*.

Al respecto encuentra el Tribunal que el perito Julio Villarreal no se pronunció sobre este aspecto. En efecto, el perito analizó *“el impacto financiero que percibiría el concesionario en caso de que este llevara a cabo el proyecto bajo las condiciones actuales de tráfico y financiación”*¹⁵⁸. Igualmente, se le preguntó *“[s]i se tuviesen en cuenta las variaciones en el tráfico como parte de los supuestos del modelo financiero, así como el cronograma de obras actualizado, sírvase indicar cuál sería la rentabilidad esperada del proyecto. Con base en esta rentabilidad, sírvase a indicar, si este proyecto sería conveniente financieramente?”*. También se le indagó acerca de *“¿cómo se deberían modificar las inversiones del proyecto de tal forma que se obtenga un nivel de rentabilidad comparable con aquel consignado en el modelo de estructuración?”*¹⁵⁹, y *“¿cuál debería ser el incremento porcentual de la tarifa de los peajes (desde el 2015) de tal forma que se obtenga un nivel de rentabilidad comparable con aquel consignado en el modelo de estructuración?”*¹⁶⁰.

De esta manera, el perito Julio Villarreal no se pronunció sobre la posibilidad de extender el plazo del Contrato, que es el supuesto de la declaración que se solicita.

¹⁵⁸ Página 44 del Dictamen de Julio Villarreal Navarro de 31 de agosto de 2017. Cuaderno de Pruebas número 2, folio 298.

¹⁵⁹ Página 45 del Dictamen de Julio Villarreal Navarro de 31 de agosto de 2017. Cuaderno de Pruebas número 2, folio 299.

¹⁶⁰ Página 47 del Dictamen de Julio Villarreal Navarro de 31 de agosto de 2017. Cuaderno de Pruebas número 2, folio 301.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

Por su parte, el perito Valora tampoco se pronunció sobre este aspecto. En efecto el perito se refirió al *“impacto financiero de ejecutar el proyecto únicamente con recursos de equity, teniendo en cuenta, entre otros. a) La teoría financiera detrás del costo promedio ponderado de capital; b) Costo promedio ponderado de capital del modelo de estructuración”*¹⁶¹.

De esta manera, no encuentra el Tribunal acreditados en el expediente los hechos que permitirían acceder al primer ordinal de esta pretensión, por lo que la misma será negada.

En el segundo ordinal se solicita que se declare que: *“a.2) La no definición de un caso base que viabilice la ejecución de las obras, ha generado la ampliación de la fase de pre-construcción, desplazando en más de dos (2) años el comienzo de la etapa de operación y mantenimiento, pues, aunque el plazo del contrato se mantiene, la disponibilidad de los recursos provenientes de la retribución se desplaza en igual proporción”*.

En relación con este punto encuentra el Tribunal lo siguiente:

De conformidad con el numeral 1.64 de la Parte General del Contrato, la *“Fase de Preconstrucción”* *“[e]s la primera fase de la Etapa Preoperativa que se extenderá desde la Fecha de Inicio hasta la fecha de suscripción del Acta de Inicio de la Fase de Construcción”*. De acuerdo con el numeral 3.8 de la Parte Especial del Contrato la duración estimada de la Fase de Preconstrucción es de trescientos sesenta días (360) días contados desde la Fecha de Inicio. Dicha regla fue modificada por el Otrosí No. 3, que estableció que la duración estimada de dicha fase es de 540 días. Dichos días, según las definiciones de la Parte General del Contrato, corresponden a días calendario.

Por otra parte, el numeral 1.63 del Contrato en su Parte General señala que la Fase de Construcción se extiende desde el *“Acta de Inicio de la Fase de Construcción hasta la suscripción de la última Acta de Terminación de Unidad Funcional”* y tendrá una duración estimada de mil ochocientos días.

Finalmente, dispone el Contrato que la etapa de Operación y Mantenimiento se inicia *“desde la suscripción de la última Acta de Terminación de Unidad Funcional hasta la Fecha de Terminación de la Etapa de Operación y Mantenimiento”*.

Ahora bien, según resulta del expediente¹⁶² el Acta de Inicio del Contrato de Concesión se firmó el 9 de junio de 2015, lo que significa que la fase de Preconstrucción debió haber terminado el 30 de noviembre de 2016. Sin embargo, ello no ha ocurrido porque no se ha suscrito el Acta de inicio de la Fase de Construcción. Lo anterior en razón de que no se han cumplido las Condiciones Precedentes para el Inicio de la Fase de Construcción, y en concreto con la de *“[h]aber efectuado el(los) Cierre(s) Financiero(s), según corresponda en los términos de la Sección 3.9 de esta Parte General, y efectuado los Giros de Equity previstos para ser desembolsados en la Fase de Preconstrucción”*.

¹⁶¹ Página 43 del Dictamen de Valora Consultoría S.A.S.

¹⁶² Ver el acta que obra en el CD que aparece a folio 7 del Cuaderno de Pruebas número 1. Así mismo la comunicación del 27 de noviembre de 2015 dirigida por la ANI al Concesionario en el folio 59 del Cuaderno de Pruebas número 2.

Lo anterior implica que se ha producido un desplazamiento que afecta el comienzo de la etapa de Operación y Mantenimiento.

En todo caso, la pretensión no puede prosperar porque no encuentra el Tribunal que dicho desplazamiento se haya producido por la no definición de un caso base que viabilice las obras, pues la causa para no terminación de la fase de pre-construcción es porque el Concesionario no ha logrado el cierre financiero ni ha realizado todos los giros de equity que le correspondían.

En el ordinal b.2 de la pretensión que se examina se solicitó que se declarara que *“El panorama para el Contrato de Concesión, en función de las proyecciones de ingresos bajo las condiciones actuales arroja una rentabilidad real para el proyecto de -7,73%(negativa) y para el inversionista en términos reales de -8,72% (negativa) evidenciando que, bajo esta realidad, el proyecto destruye valor para los inversionistas y no es un proyecto viable para los financiadores.”*

Sobre el particular encuentra el Tribunal que al perito Julio Villarreal se le solicitó que contestara *“[s]i se tuviesen en cuenta las variaciones en el tráfico como parte de los supuestos del modelo financiero, así como el cronograma de obras actualizado, sírvase indicar cuál sería la rentabilidad esperada del proyecto”*¹⁶³.

El perito Villarreal en su respuesta señala que en las condiciones de tráfico actuales y un nuevo cronograma de obras la TIR del proyecto sería del 0.04%, cuando originalmente era de 11.6%, y el valor presente neto sería de -\$826.497,79 millones de pesos, cuando inicialmente era de \$83.702,21 millones de pesos¹⁶⁴. Precisó el perito que si no se incluye el nuevo cronograma de obras la rentabilidad del proyecto sería de -0,42%. El perito concluye que *“bajo estas condiciones de tráfico el proyecto no es conveniente financieramente, pues su rentabilidad no permite el pago de su financiación destruyendo valor”*¹⁶⁵. El perito Villarreal realizó adicionalmente cálculos tomando el cronograma de obras actualizado y el recaudo real como consecuencia de las tarifas reales de peajes, y señaló que la rentabilidad del proyecto de concesión sería de -0.28% y el valor presente neto sería de -\$887.807,34 millones de pesos. Agrega el perito que *“bajo estas condiciones de tráfico y tarifas el proyecto no es conveniente financieramente, pues su rentabilidad no permite el pago de su financiación destruyendo valor, además, presentando una rentabilidad negativa”*.

Añade el perito Villarreal que *“[a]sí las cosas, con la nueva rentabilidad proyecto (0,04% EA) no se podría encontrar una entidad bancaria que permita el cierre financiero de la concesión, pues lo que retorna el proyecto por sí solo, no alcanza para cubrir el pago de las obligaciones de financiación que se encuentran por encima del 0,04% EA, ni siquiera cubriría el costo de la deuda, que como se observó en la pregunta anterior, supera este*

¹⁶³ Página 28 del Dictamen de Julio Villarreal Navarro de 31 de agosto de 2017. Cuaderno de Pruebas número 2, folio 282.

¹⁶⁴ Página 29 del Dictamen de Julio Villarreal Navarro de 31 de agosto de 2017. Cuaderno de Pruebas número 2, folio 283.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

valor”. Igualmente afirma que “[n]ingún agente razonable financiaría un proyecto que por sí solo no cubre su financiación, ya que de hacerlo destruirían valor. Lo anterior es tan cierto que, en la actualidad, es esta la razón por la que, bajo estas condiciones de tráfico, la concesión no cuenta con un cierre financiero”¹⁶⁶.

Por su parte el perito Valora se refirió a la rentabilidad del inversionista si la ejecución del proyecto se diera con una estructura 100% equity. A tal efecto precisó que en el escenario de estructuración la rentabilidad sería de 11,60%, en un escenario, el de Link-C, de -0,24 y en otro escenario, el del perito Valora, de -4,45¹⁶⁷. El perito afirmó que “[t]eniendo en cuenta que para un activo no existe un valor negativo estos deben interpretarse como escenarios de no viabilidad bajo las condiciones actuales”¹⁶⁸.

De lo anterior se desprende que, si bien los peritos no coinciden en el resultado exacto de la rentabilidad negativa indicada por la Demandante en su pretensión, los mismos sí señalan que habría una rentabilidad negativa y solo el perito Villarreal calcula una rentabilidad positiva si se cambia el cronograma de obras. Por lo anterior, el Tribunal declarará que el panorama para el Contrato de Concesión, en función de las proyecciones de ingresos bajo las condiciones actuales, arroja una rentabilidad real negativa para el proyecto evidenciando que, en este escenario, el proyecto destruye valor para los inversionistas y no es un proyecto viable para los financiadores. En este sentido prospera parcialmente la pretensión.

En el ordinal b.3) de esta pretensión la Demandante solicita que se declare que *“Esta situación repercute directamente sobre los accionistas del proyecto, toda vez que se estaría condicionando la necesidad de realizar aportes de Equity por \$1.597.610 millones superiores a los previstos en estructuración \$561.324 millones ante la imposibilidad de lograr conseguir apalancamiento del sistema financiero”*.

En relación con esta pretensión lo primero que debe señalarse es que según lo indica el perito Valora, el esquema previsto para la financiación del proyecto en su etapa inicial correspondía a un 66% de recursos de deuda y un 33% de recursos de equity. Es claro que, si no es posible obtener los recursos de deuda, el valor de los aportes de equity debe incrementarse sustancialmente, lo que no significa que el monto de los mismos sea igual a la suma del total de los recursos previstos para equity y deuda.

Si bien los peritos no indican cuáles son los aportes adicionales que deberían hacer los accionistas del proyecto por la imposibilidad de obtener la financiación prevista, es evidente que los mismos son superiores a los aportes de equity contemplados en la estructuración, por lo que en este punto prospera parcialmente la pretensión en el sentido de que esta situación repercute directamente sobre los accionistas del proyecto, toda vez que se estaría condicionando la necesidad de realizar aportes adicionales de Equity superiores a los previstos en la estructuración ante la imposibilidad de lograr conseguir apalancamiento del sistema financiero.

¹⁶⁶ Página 42 Dictamen del perito Julio Villarreal Navarro.

¹⁶⁷ Página 58 del Dictamen del perito de Valora Consultoría S.A.S.

¹⁶⁸ Dictamen de Valora Consultoría S.A.S., página 56.

Igualmente se solicitó en la pretensión en relación con el retorno de la inversión que “c.1. *Las condiciones actuales de ingreso derivadas del tráfico y las tarifas generan un impacto significativo en la TIR y en el VPN, disminuyendo la TIR inversionista de estructuración de 9,36% con un equity de estructuración \$561.324 millones a una TIR de -8,72% (negativa) con un equity de \$1.597.610 millones haciendo que este proyecto destruya valor*”.

En relación con esta pretensión encuentra el Tribunal que los peritos hicieron los cálculos que se les solicitaron y si bien indicaron que la TIR del proyecto es negativa, no calcularon los valores a que se refiere la pretensión. En todo caso los peritos señalan que las nuevas condiciones conducen a una TIR negativa haciendo que el proyecto destruya valor, por lo que se declarará que las condiciones actuales de ingreso derivadas del tráfico y las tarifas generan un impacto significativo en la TIR y en el VPN, disminuyendo la TIR inversionista a una TIR negativa haciendo que este proyecto destruya valor.

En relación con el retorno de la inversión se solicitó en la pretensión que se declarara que “c.2) *El efecto en la disminución del ingreso derivado del tráfico y las tarifas actuales no solo disminuye la rentabilidad del proyecto por debajo de la rentabilidad del inversionista estimada por el Ministerio de Hacienda en la estructuración ($K_e = 9,36\%$) sino también por debajo de la DTF y hasta de la inflación, lo que resulta inviable para cualquier inversionista*”.

En relación con esta pretensión considera el Tribunal:

Es claro que la disminución del ingreso y de las tarifas disminuye la rentabilidad del proyecto. A este respecto el perito Villarreal afirmó que “[n]ingún agente razonable financiaría un proyecto que por sí solo no cubre su financiación, ya que de hacerlo destruirían valor. Lo anterior es tan cierto que, en la actualidad, es esta la razón por la que, bajo estas condiciones de tráfico, la concesión no cuenta con un cierre financiero”¹⁶⁹. Así mismo el perito Valora se refirió a la rentabilidad del inversionista si la ejecución del proyecto se diera con una estructura 100% equity. A tal efecto precisó en que en el escenario de estructuración la rentabilidad sería de 11,60%, en el escenario de Link-C de -0,24 y en el escenario del perito Valora de -4,45¹⁷⁰. Por lo anterior Valora afirmó que “[t]eniendo en cuenta que para un activo no existe un valor negativo estos deben interpretarse como escenarios de no viabilidad bajo las condiciones actuales”.

En todo caso no encuentra el Tribunal acreditada cuál es la rentabilidad estimada del inversionista por el Ministerio de Hacienda y el DTF.

En razón de lo anterior considera el Tribunal que la pretensión ha de prosperar parcialmente en el sentido que la disminución del ingreso derivado del tráfico y las tarifas actuales disminuye la rentabilidad del proyecto por debajo de la rentabilidad estimada del inversionista, a un nivel que resulta inviable para cualquier inversionista.

¹⁶⁹ Página 42 Dictamen del perito Julio Villarreal Navarro de 31 de agosto de 2017. Cuaderno de Pruebas número 2, folio 296.

¹⁷⁰ Página 58 del Dictamen del perito Valora Consultoría S.A.S. de 30 de mayo de 2018. Cuaderno de Pruebas número 6, folio 312.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

Por lo que se refiere a las pretensiones de la Demanda de Reconvención Reformada se encuentra lo siguiente:

En la pretensión undécima de la Demanda de Reconvención Reformada, la Demandada y Demandante en Reconvención solicitó que se declare que *“el estudio del documento de factibilidad presentado por el originador, la declaratoria de prefactibilidad, la declaratoria de factibilidad, la adjudicación del Contrato de Concesión 004 de 2015 y cualquier acto precontractual proferido por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA-ANI, de ninguna manera constituyen la asunción de riesgos distintos a los expresamente asignados por el ordenamiento jurídico al Estado en los contratos de Cuarta Generación, o pactados en documentos contractuales a cuyos términos estrictamente nos atenemos”*.

A este respecto, debe reiterar el Tribunal que las reglas que regulan la contratación estatal prevén la identificación, estimación y asignación de los riesgos previsibles. Dichos riesgos deben ser asignados en el contrato, y cuando alguno no lo sea, su asignación se desprende de las reglas generales de los contratos, que determinan la naturaleza de las obligaciones de las partes y las causales de exoneración.

Cuando los riesgos son imprevisibles, las normas que regulan la materia en la contratación estatal prevén la posibilidad de que proceda el restablecimiento del equilibrio del contrato, como se explicará en detalle en acápites posteriores de este laudo.

Dentro de este contexto, en la medida en que el Contrato contempla la asignación de los riesgos previsibles, dichas reglas deben aplicarse y cada parte asumirá los que le correspondan, por lo que el estudio del documento de factibilidad presentado por el originador, la declaratoria de prefactibilidad, la declaratoria de factibilidad y la adjudicación del Contrato de Concesión 004 de 2015, no implican por sí mismos la asunción de riesgos por parte de la entidad estatal.

En este sentido prospera la pretensión undécima de la Demanda de Reconvención Reformada.

Por otra parte, en la pretensión décima segunda de la Demanda de Reconvención Reformada, la Demandada y Demandante en Reconvención solicita que se declare que, al haber estructurado el proyecto, Concesión Vial de Los Llanos S.A.S. asumió el deber de planeación, la carga de diligencia, y la previsión de riesgos, así como los demás deberes, cargas y obligaciones que como originador de un proyecto de cuarta generación le corresponden.

En relación con esta pretensión, reitera el Tribunal que al Originador le corresponde estructurar el proyecto por su cuenta y riesgo por lo que el mismo asume los riesgos derivados de una errónea o insuficiente estructuración. Asimismo, el originador asume los riesgos derivados de los escenarios que adopta, cuando existen otros. Por consiguiente, dicha pretensión prospera.

En la pretensión décima tercera de la Demanda de Reconvención Reformada se solicitó que se declare que las condiciones económicas al momento de la celebración del Contrato

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

de Concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015 se han mantenido durante su ejecución.

Comoquiera que entre las partes no ha habido discusiones sobre las diversas variables económicas, sino particularmente sobre la variación del tráfico frente a lo inicialmente previsto, considera el Tribunal que esta pretensión debe entenderse referida a las variaciones en el tráfico y, por consiguiente, a los ingresos por razón de peajes.

Desde esta perspectiva encuentra el Tribunal que el perito Valora presentó en su Dictamen la Tabla No. 8¹⁷¹, en la que se indican los recaudos de peajes para los años 2015, 2016, 2017, y 2018 con ajustes por otras categorías. Dicha tabla indica que el ingreso anualizado por recaudo de peajes en el año 2015 fue de \$86.507.835.600, en el año 2016 de \$81.872.586.022, en el año 2017 de \$79.936.169.000 y en el año 2018 de \$79.475.300.800.

Como se puede apreciar, si bien la diferencia en el recaudo entre uno y otro año no excede del 6%, en todo caso hay una tendencia decreciente en el mismo, razón por la cual el Tribunal no puede acceder a la declaración solicitada por la Demandante en reconvención en la pretensión décima tercera de la Demanda de Reconvención Reformada.

En la pretensión décima cuarta de la Demanda de Reconvención Reformada se solicita que se declare que cualquier circunstancia que haya tenido incidencia alguna en la ejecución del Contrato, particularmente frente a la obligación de obtención de cierre financiero, se produjo antes del 5 de mayo de 2015 fecha de celebración del Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015.

En relación con esta pretensión lo primero que debe observarse es que, como se precisará en detalle en otro aparte de este laudo, la imposibilidad de obtener el cierre financiero se produjo por razón de la negativa de los bancos a otorgar la financiación al proyecto, por razón de los flujos del mismo. Este hecho como tal se produjo después de la celebración del Contrato de Concesión. Sin embargo, lo que debe determinarse es si la causa para que se produjera dicha negativa, que es la reducción de los flujos del proyecto, ya se había producido antes de la celebración del Contrato. Es decir, lo que debe establecerse es si para la fecha de celebración del negocio jurídico ya se había presentado la reducción de tráfico frente a lo previsto inicialmente en la estructuración.

Desde este punto de vista, si se examina la ilustración 2¹⁷² del peritaje presentado por Valora se aprecia que el tráfico real total en la concesión en el año 2014 y 2015 (7.2M y 7.5M) es inferior al tráfico del modelo financiero en esos mismos años (7.5M y 8.0M), es decir hay una tendencia a una reducción del tráfico, situación que se agrava si se toman en cuenta las proyecciones del tráfico en los años siguientes contempladas en el modelo financiero que se incrementan sustancialmente en el tiempo.

Lo anterior implica que la pretensión décima cuarta de Demanda de Reconvención Reformada no puede prosperar.

¹⁷¹ Página 33 del Dictamen pericial de Valora Consultoría S.A.S.

¹⁷² Página 16 del Dictamen de Valora.

Solicita la Demandante en Reconvención en la pretensión decimocuarta A subsidiaria particular de la Demanda de Reconvención Reformada que, en subsidio de las anteriores, se declare que cualquier circunstancia que haya tenido incidencia alguna en la ejecución del Contrato de Concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015 corresponde, particularmente frente a la obtención del cierre financiero, a un riesgo asumido por el originador y asignado por el ordenamiento jurídico a Concesión Vial de Los Llanos S.A.S.

En relación con esta pretensión debe señalarse que de conformidad con la cláusula 13.2 de la Parte General del Contrato el Concesionario asumió los riesgos de “[l]os efectos favorables o desfavorables de la obtención y/o alteración de las condiciones de financiación y/o costos de la liquidez que resulten de la variación en las variables del mercado” y “[l]os efectos favorables o desfavorables de la variación del tráfico durante la vida del Proyecto”. De acuerdo con lo acreditado en el proceso, la imposibilidad de obtener el cierre financiero deriva de la caída de los flujos del proyecto. Ahora bien, según se indica en el dictamen pericial de Valora, la caída del tráfico que se ha presentado se encuentra ubicada dentro de las bandas de certeza en una distribución lognormal. Lo anterior implica que tales cambios en el tráfico deben ser considerados previsibles y por ello la imposibilidad de financiación como consecuencia de la misma se encuentran dentro del riesgo asumido por el Concesionario. Por lo anterior prospera la pretensión décima cuarta subsidiaria particular de la Demanda de Reconvención reformada.

Igualmente prospera la pretensión décima cuarta subsidiaria particular consecencial de la Demanda de Reconvención Reformada en la que se solicita que como consecuencia de lo anterior se declare que cualquier circunstancia que haya tenido incidencia alguna en la ejecución del Contrato de Concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015, particularmente frente a la obligación de obtención de cierre financiero, corresponde a la concreción un riesgo previsto o en cualquier caso razonablemente previsible y resistible para el originador, hoy contratista Concesión Vial de Los Llanos S.A.S.

En la pretensión décima quinta de la Demanda de Reconvención Reformada se solicita que se declare que se ha mantenido el equilibrio económico durante toda la ejecución del Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015 desde su celebración.

Al respecto considera el Tribunal lo siguiente:

Como se señaló en otro aparte de este laudo, en razón de la disminución de los flujos de ingresos por peajes como consecuencia de la reducción del tráfico frente a lo previsto en el modelo financiero, el Contrato no puede ejecutarse en la forma como se pactó pues los ingresos por peajes no son suficientes para pagar el endeudamiento y la TIR del inversionista sería negativa, lo que hace que como señalan los peritos Villarreal y Valora el proyecto no sea viable.

Por lo anterior ha de concluirse que el equilibrio financiero del Contrato se rompió, pero como ya se señaló ello obedeció a errores del Concesionario en la planeación del Contrato. Por lo anterior no prospera la pretensión décima quinta de la Demanda de Reconvención reformada.

En la pretensión décima séptima de la Demanda de Reconvención Reformada se solicita que se declare que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI no se encuentra obligada a asumir ninguno de los riesgos legal y contractualmente asignados al contratista, particularmente los riesgos de tráfico y los riesgos financieros del proyecto.

Al respecto considera el Tribunal que en tanto que no se modifique el Contrato, la entidad concedente no está obligada a asumir ninguno de los riesgos asignados al contratista, particularmente los riesgos de tráfico o los riesgos financieros, a menos que se demuestre que la entidad estatal dio lugar a que se produjera el riesgo con una conducta reprochable de su parte. Por lo anterior la pretensión décima séptima de la Demanda de Reconvención Reformada está llamada a prosperar.

En la pretensión décima novena de la Demanda de Reconvención Reformada la Demandada y Demandante en reconvención solicitó que se declare que el Contrato de concesión se encuentra en la etapa de ejecución denominada pre-construcción.

Al respecto advierte el Tribunal que de conformidad con el numeral 1.64 de la Parte General del Contrato la *“Fase de Preconstrucción”* *“Es la primera fase de la Etapa Preoperativa que se extenderá desde la Fecha de Inicio hasta la fecha de suscripción del Acta de Inicio de la Fase de Construcción”*. Comoquiera que esta última acta no ha sido suscrita por las partes, pues una de las Condiciones Precedentes para el Inicio de la Fase de Construcción es haber obtenido el cierre financiero (Cláusula 4.4 de la Parte General del Contrato) lo cual no ha ocurrido, es claro que el Contrato se encuentra en la etapa de pre-construcción. Además, así lo reconocieron las partes en los Otrosíes No. 3 y No. 6. Por lo anterior, se accederá a la pretensión décima novena de la Demanda de Reconvención Reformada.

En la pretensión vigésima de la Demanda de Reconvención Reformada se solicita que se declare que *“en el Contrato de Concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015, sus adicionales, contratos modificatorios, otrosíes, actas de entendimiento y demás documentos de naturaleza contractual se estableció por las partes la magnitud de variación del riesgo comercial, financiero o de tráfico”*.

En relación con esta pretensión la Demandante señala, en lo que se refiere al tráfico, que las variaciones constitutivas del riesgo asumido por el Concesionario fueron definidas en la Matriz de Riesgo en el 5%, en los demás aspectos nada dijeron las partes, bajo el entendimiento de que los riesgos implícitos y derivados de los mismos se distribuirían, asignarían y asumirían de conformidad con la naturaleza estatal (conmutativa) del Contrato de Concesión.

Al respecto, debe reiterar el Tribunal que, como ya se indicó en otro aparte de este Laudo, la Matriz de Riesgo no constituye en este caso parte del Contrato, por lo cual es solamente una herramienta elaborada por el Concesionario, que fue entregada a la entidad estatal para efectos de que la misma determinará la viabilidad de la propuesta, no obstante lo cual la distribución de riesgos tiene como referente el Contrato.

A lo anterior se agrega que, si se examina la Matriz de Riesgo, se encuentra que en ella lo que se indica en la Columna “Observación del porqué de la calificación de probabilidad e impacto” es lo siguiente:

“Durante la etapa de factibilidad del proyecto se realiza el estudio de demanda de tráfico basado en conteos, encuestas de preferencia, la existencia de peajes, la topología actual y prevista de toda la red vial regional que incluye además de las vías propias de la APP Malla Vial del Meta las otras vías que se conectan con ellas, entre otras variables, con el cual se estima el flujo vehicular del proyecto. El estudio es de un grado alto de detalle y los pronósticos con suficiente confiabilidad. El impacto internaliza en el modelo de remuneración del concesionario bajo un esquema de valor presente por ingreso e (sic) peajes. El proyecto contempla 1 estación nueva y 5 existentes, de igual forma es de indicar que de presentarse un escenario de tráfico menor éste representaría alrededor de un 5% de los ingresos. La probabilidad del riesgo se considera baja (B) y el impacto se ubica en la zona baja (B).” (se subraya)

Como se puede apreciar, aún si se le reconociera valor contractual a la Matriz de Riesgo, ello no altera la conclusión de que el Concesionario asumió el riesgo del tráfico, sin una limitación cuantitativa, pues lo que se indica en la matriz es una explicación del porqué se calificó en la forma en que se hizo la probabilidad y el impacto de cambio en el tráfico, y a tal efecto se expresó que la caída representaría alrededor de un 5% de los ingresos. No se dijo que el límite del riesgo del Concesionario sería el 5% de los ingresos. Si lo que se quería era establecer un límite a la asunción del riesgo, la redacción debía ser clara y precisa en tal sentido, lo que no ocurre en el presente caso, en el que se indica lo que quién hizo la matriz consideró para calificar el riesgo. Si dicha asunción era errónea, quien la hizo debe asumir las consecuencias de su error.

En este contexto concluye el Tribunal que la pretensión vigésima de la Demanda de Reconvención Reformada debe ser negada porque en el Contrato no se estableció la magnitud de la variación del riesgo comercial, financiero o de tráfico.

Por la misma razón debe ser negada la pretensión vigésima primera de la Demanda de Reconvención Reformada, en la que se solicita que se declare que en el Contrato de Concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015, sus adicionales, contratos modificatorios, otrosíes, actas de entendimiento y demás documentos de naturaleza contractual se establecieron por las partes porcentajes de asunción del riesgo comercial, financiero o de tráfico.

Por otra parte, en la pretensión vigésima segunda de la Demanda de Reconvención Reformada se solicita se declare que en cualquier caso el porcentaje de 5% incluido en la matriz de riesgo no constituye magnitud de variación del tráfico sino la probabilidad de ocurrencia del evento descrito en la misma.

En relación con lo anterior encuentra el Tribunal que en la matriz de riesgo en la columna denominada “*impacto-costo*” aparece una x en el rango 0%-5%. Adicionalmente, en la columna denominada “[o]bservación del porqué de la calificación de probabilidad e impacto”

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

se indica lo que ya se transcribió en el sentido que *“de presentarse un escenario de tráfico menor éste representaría alrededor de un 5% de los ingresos”*. A la luz del claro texto de la matriz no es posible acceder a la pretensión de la Demandada en el sentido de que dicha referencia se refiere a la probabilidad de ocurrencia del evento.

Por lo anterior concluye el Tribunal:

Prospera la pretensión décima primera de la Demanda Principal Reformada en el sentido de que de acuerdo con el Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, los únicos ingresos que puede recibir el Concesionario por concepto de remuneración (inversiones y costos) por la ejecución del Contrato, según lo previsto en el literal b) del numeral 3.1 de la parte General del Contrato, provienen de: (i) Recaudo de la tarifa cobrada por peajes; y (ii) Ingresos por explotación comercial en los términos del Contrato.

Así mismo prospera la pretensión décima segunda de la Demanda Principal Reformada y en tal sentido se declarará que acuerdo con el Modelo Financiero con el cual fue estructurado el Proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, los únicos ingresos previstos para el Concesionario son los derivados del recaudo de la tarifa de los peajes.

De igual manera prospera la pretensión décima tercera de la Demanda Principal Reformada en el sentido de declarar que de conformidad con lo dispuesto en la Sección 3.1 "Retribución" del Capítulo III "ASPECTOS ECONÓMICOS DEL CONTRATO" del Contrato de Concesión No. 004 de 2015, el principal ingreso del Concesionario proviene del recaudo de peajes.

Así mismo, prospera la pretensión décima cuarta de la Demanda Principal Reformada y se declarará que el tráfico del Proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 004 de 2015 constituye una de las premisas esenciales del Caso Financiero Base del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, en cuanto hace parte de su factibilidad financiera por ser determinante del ingreso único del Concesionario.

En cuanto a la pretensión décima quinta de la Demanda Principal Reformada, la misma no prospera porque el Tribunal no encuentra que se haya acreditado que existen variaciones estructurales en el tráfico del proyecto.

Por la misma razón, el Tribunal no puede declarar que prospera la pretensión décima sexta.

En cuanto a la pretensión décima séptima de la Demanda Principal Reformada, la misma no prospera porque no aparece acreditado que la Demandante haya previsto en la Matriz de Riesgo variaciones del tráfico del 5% respecto del inicialmente previsto, sino variaciones del 5% en los ingresos por razón de las variaciones de tráfico. Adicionalmente, no está acreditado que ello fue evaluado por el Departamento Nacional de Planeación, el Ministerio de Hacienda, la Agencia Nacional de Infraestructura y la firma evaluadora de la iniciativa privada.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

Por lo que se refiere a la pretensión décima octava de la Demanda Principal Reformada, el Tribunal encuentra que cuando se presentaron las estimaciones de tráfico podían ser consideradas razonables e idóneas, de acuerdo con el estudio histórico de la evolución del tráfico en la región en general y en la zona del Proyecto en particular, realizada por el Originador del Proyecto y base del modelo financiero del mismo, lo que no significa que fueran las únicas previsibles. Sin embargo, dichas estimaciones dejaron de serlo a partir del 2015 porque se omitió actualizarlas para tener en cuenta la información disponible en esa época.

Así mismo, prospera la pretensión décima novena de la Demanda Principal Reformada y se declarará que se produjeron variaciones del ingreso derivado del tráfico del Proyecto, en tanto premisa esencial del Caso Base del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, que superan en el 45% de las inicialmente estimadas por el Concesionario. En todo caso, no aparece acreditado que esas variaciones necesariamente sean definitivas, pues en un sector como el que se analiza pueden existir variaciones a lo largo de la vida del proyecto.

Por otra parte, se negará la pretensión vigésima de la Demanda Principal Reformada, en la medida en que la disposición que se invoca se refiere a la modificación unilateral del Contrato, y en el presente caso no se ha producido dicho supuesto, pues la modificación del esquema tarifario adoptada por el Ministerio del Transporte estaba contemplada en el Contrato. En este mismo sentido, se negará la pretensión vigésima primera porque si bien la variación de los ingresos supera el 45% de la fluctuación del ingreso derivado del tráfico, ello no guarda relación con el artículo 16 de la Ley 80 de 1993.

Por otro lado, prospera la pretensión vigésima segunda de la Demanda Principal Reformada en cuanto que el ingreso del patrimonio autónomo que administra los recursos del proyecto ha sido menor por razón de las afectaciones al tráfico y la no aplicación de las tarifas contractuales, sin que ello implique reconocer que tales variaciones son estructurales.

Así mismo, se accederá a la pretensión vigésima tercera de la Demanda Principal Reformada, y por ello se declarará que, como consecuencia de la variación del tráfico del proyecto y la no aplicación de las tarifas contractuales, como premisas esenciales del Caso Base del Contrato de Concesión 004 del 5 de mayo de 2015, la reducción de los ingresos en más del 45% respecto de lo previsto en el Modelo Financiero de estructuración del Proyecto, presentaría las siguientes variaciones:

	<i>Estructuración</i>	<i>Condiciones Actuales</i>
<i>TIR proyecto real</i>	8.350/0	-0.24%
<i>TIR inversionista Real</i>	9.360/0	-0.24%
<i>Deuda millones (pesos diciembre 2013)</i>	\$ 1,021,566	\$0
<i>Equity millones (pesos diciembre 2013)</i>	\$523.481	-

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

<i>VPN Flujos del inversionista (Millones)</i>	<i>\$0*</i>	-
--	-------------	---

Se negará la pretensión vigésima cuarta de la Demanda Principal Reformada, porque el artículo 16 de la Ley 80 de 1993 no permite la renuncia a un contrato cuando se presentan variaciones en los ingresos de la concesión.

Se declarará que prospera la pretensión vigésima quinta, en la medida en que está acreditado que las variaciones del tráfico y la no aplicación del esquema tarifario, más allá del 45%, afecta el esquema financiero del proyecto y hace inviable su ejecución en las condiciones inicialmente propuestas por el Originador, toda vez que no es posible acreditar el cierre financiero del proyecto.

Así mismo se declarará que, como consecuencia de las variaciones del tráfico del Proyecto y la no aplicación del esquema tarifario contractual, en tanto premisas esenciales del Caso Base del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, en cuanto hace a su factibilidad financiera, los prestamistas no están dispuestos a otorgar la financiación en la proporción del sesenta y seis por ciento (66%) de deuda requerida para la ejecución del Proyecto en Concesión, según el esquema financiero previsto en su estructuración y que fue premisa esencial del Caso Base del Originador. En este sentido prospera la pretensión vigésima sexta de la Demanda Principal Reformada.

Se negará la pretensión vigésima séptima de la Demanda Principal Reformada, por cuanto la variación del tráfico y la modificación del esquema tarifario no constituyen hechos imprevisibles, ni desbordan cualquier previsión razonable y previsible.

Se declarará que prospera la pretensión vigésima octava de la Demanda Principal Reformada por cuanto la ejecución del proyecto en las condiciones actuales resulta financieramente inviable para el Contratista — Concesionario.

Así mismo, se negará la pretensión trigésima segunda de la Demanda Principal Reformada porque las variaciones del ingreso derivado del tráfico del Proyecto no desbordan el riesgo asumido por el Concesionario en el Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015. Por otra parte, las consecuencias de la modificación tarifaria por parte del Ministerio de Transporte constituyen un riesgo asumido por la ANI.

Igualmente se negará la pretensión trigésima tercera de la Demanda Principal Reformada, por cuanto las variaciones de ingresos eran previsibles.

Se accederá a la pretensión trigésima cuarta de la Demanda Principal Reformada, en el sentido de declarar que de conformidad con la normativa vigente en materia de contratación estatal, y en particular por lo dispuesto en los artículos 4, 5, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993, 4 de la Ley 1150 de 2009 y 13 de la Ley 1682 de 2013, Concesión Vial de Los Llanos S.A.S. Contratista Concesionario, en tanto contratista estatal, asume los riesgos previsibles según su identificación, previsión y cuantificación en el Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 o los que correspondan según la naturaleza de las obligaciones a su cargo.

La pretensión trigésima quinta de la Demanda Principal Reformada prosperará parcialmente en el sentido de declarar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la ley 1150 de 2007, los riesgos imprevisibles no son asignables al contratista estatal.

Así mismo se accederá parcialmente a la pretensión trigésima sexta de la Demanda Principal Reformada y se declarará que Concesión Vial de Los Llanos S.A.S. no asumió riesgos imprevisibles en el Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015.

Se negará la pretensión cuadragésima segunda de la Demanda Principal Reformada.

En lo que se refiere a la pretensión sexagésima cuarta de la Demanda Principal Reformada la misma prospera parcialmente, por lo cual se declarará que la ejecución del proyecto en las condiciones actuales implicaría que:

- i. El panorama para el Contrato de Concesión, en función de las proyecciones de ingresos bajo las condiciones actuales arroja una rentabilidad real negativa para el proyecto evidenciando que en ese escenario, el proyecto destruye valor para los inversionistas y no es un proyecto viable para los financiadores.
- ii. Repercute directamente sobre los accionistas del proyecto, toda vez que se estaría condicionando la necesidad de realizar aportes adicionales de Equity superiores a los previstos en la estructuración ante la imposibilidad de lograr conseguir apalancamiento del sistema financiero.
- iii. Se produzca un impacto significativo en la TIR y en el VPN, disminuyendo la TIR inversionista a una TIR negativa haciendo que este proyecto destruya valor.
- iv. Se disminuya la rentabilidad del proyecto por debajo de la rentabilidad estimada del inversionista, a un nivel que resulta inviable para cualquier inversionista.

En lo que se refiere a la Demanda de Reconvención Reformada, prospera la pretensión Undécima y se declarará que el estudio del documento de factibilidad presentado por el Originador, la declaratoria de prefactibilidad, la declaratoria de factibilidad, y la adjudicación del Contrato de Concesión 004 de 2015 de ninguna manera constituyen la asunción de riesgos distintos a los expresamente asignados por el ordenamiento jurídico al Estado en los contratos de Cuarta Generación, o pactados en documentos contractuales o que se derivan de la naturaleza de la obligación.

Así mismo se accederá a la pretensión décima segunda de la Demanda de Reconvención Reformada y se declarará que al haber estructurado el proyecto, Concesión Vial de Los Llanos S.A.S. asumió el deber de planeación, la carga de diligencia, la previsión de riesgos, así como los demás deberes, cargas y obligaciones que como originador de un proyecto de cuarta generación le corresponden.

Se negarán las pretensiones décima tercera y décima cuarta de la Demanda de Reconvención Reformada.

Se accederá a la pretensión decimocuarta A subsidiaria particular de la Demanda de Reconvención Reformada y se declarará que cualquier circunstancia que haya tenido

incidencia alguna en la ejecución del Contrato de Concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015, particularmente frente a la obtención del cierre financiero, corresponde a un riesgo asumido por el originador y asignado por el ordenamiento jurídico a Concesión Vial de Los Llanos S.A.S.

Igualmente se accederá a la pretensión décima cuarta subsidiaria particular consecencial de la Demanda de Reconvención Reformada y se declarará que cualquier circunstancia que haya tenido incidencia alguna en la ejecución del Contrato de Concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015, particularmente frente a la obligación de obtención de cierre financiero, corresponde a la concreción de un riesgo razonablemente previsible y resistible para el originador, hoy contratista Concesión Vial de Los Llanos S.A.S.

No prospera la pretensión décima quinta de la Demanda de Reconvención Reformada porque el equilibrio económico del Contrato se encuentra roto.

Así mismo, prospera la pretensión décima séptima de Demanda de Reconvención Reformada, por lo que se declarará que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI no se encuentra obligada a asumir ninguno de los riesgos legal y contractualmente asignados al contratista, particularmente los riesgos de tráfico y los riesgos financieros del proyecto.

Prospera la pretensión décima novena de la Demanda de Reconvención Reformada por lo que se declarará que el Contrato de Concesión se encuentra en la etapa de ejecución denominada pre-construcción.

Se negarán las pretensiones vigésima, vigésima primera, vigésima segunda y quinta de condena de la Demanda de Reconvención Reformada.

Por lo anterior, prosperan la excepción formulada por la Demandada en el sentido de que “la declaración de factibilidad no implica asunción de riesgo por parte de la Agencia”; igualmente se declarará que prospera la excepción formulada por la demandada en el sentido que el contratista incumplió el deber de planeación.

5 Las obligaciones de financiación y cierre financiero

5.1 Marco normativo del financiamiento de los contratos de concesión y proyectos de asociación público privada de iniciativa privada

Según se expuso en la sección del presente Laudo en la que se analizó el contrato, su existencia y régimen aplicable, las partes optaron por regular la ejecución del proyecto a partir de un Contrato de Concesión de obra pública bajo el esquema APP de iniciativa privada. En ese contexto, la definición del marco normativo que rige las obligaciones de financiación asignadas a las partes de la controversia, requiere que en este acápite se lleve a cabo, en su orden, primeramente, una revisión de las disposiciones que regulan —en materia de financiamiento, se reitera— los Contratos de Concesión y, luego, aquellas propias de las Asociaciones Público Privadas, específicamente las originadas en el marco de una Iniciativa Privada.

En el Contrato de Concesión No. 004 de 2015, las partes pactaron que la Concesión Vial de los Llanos S.A.S. debía llevar a cabo, “por su cuenta y riesgo”¹⁷³, el Proyecto descrito en la Parte Especial del Contrato de Concesión No. 004 de 2015 y el Anexo Técnico 1 que consistió en “los estudios y diseños definitivos, financiación, gestión ambiental, predial y social, construcción, mejoramiento, rehabilitación, operación, mantenimiento, reversión de la Concesión Malla Vial del Meta de acuerdo con el Apéndice Técnico y demás Apéndices del Contrato”¹⁷⁴. Esta modalidad contractual que escogieron las partes fue definida por el legislador, en el artículo 32 numeral 4 de la Ley 80 de 1993, en los siguientes términos:

*“Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario (...) la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicios **por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente**, a cambio de una remuneración (...).”* (negrilla por fuera del texto)

Como puede apreciarse, uno de los elementos esenciales del contrato de concesión de obra pública según el artículo citado, y tal como quedó consignado en la cláusula 2.1. del Contrato de Concesión No. 004 de 2015 Parte General, es que el concesionario emprende el desarrollo del objeto contractual por su cuenta y riesgo, incluido en ello por supuesto el riesgo financiero que, en términos generales, comporta las contingencias vinculadas a la posibilidad de contar con los recursos económicos que permitan impulsar y cumplir las obligaciones, así como el costo y las fluctuaciones que estos recursos impliquen para el contratista. Si bien la ley no formula ninguna precisión adicional respecto a la distribución de este riesgo ni en relación con la forma de financiación que conllevan los contratos de Concesión, el Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de ampliar la interpretación del estatuto legal respecto al tema de la financiación, de la siguiente manera:

*“Un rasgo distintivo de esta clase de contrato, y que lo hace diferente del contrato de obra pública, es su **forma de financiación; en el contrato de concesión de obra, el concesionario asume por su cuenta y riesgo la construcción de la obra —que una vez finalizado el contrato pasa a ser propiedad de la entidad—lo que quiere decir que en principio recae sobre él la obligaciones (sic) de aportar todos los recursos necesarios para su culminación**, obteniendo como contraprestación el derecho de explotación del bien durante un determinado periodo que se considera suficiente para la recuperación de la inversión y la generación de la justa y razonable utilidad perseguida como resultado de la relación negocial, a través del cobro de las tarifas o peajes cobrados por los usuarios sin que por parte de la entidad estatal*

¹⁷³ Cfr. Contrato de Concesión No. 004 de 2015. Parte General, Cuaderno de Pruebas número 1, folios 35 y ss. Objeto.

¹⁷⁴ Cfr. Contrato de Concesión No. 004 de 2015. Parte Especial, Cuaderno de Pruebas número 1, folio 149.

asuma alguna responsabilidad por el éxito económico de la concesión". (negrilla por fuera del texto)¹⁷⁵

De esta manera, se entiende que la ejecución de un proyecto bajo este tipo de contrato conlleva en principio la asignación al contratista del riesgo de construcción, y, de contera, la del riesgo del financiamiento de la obra. Es el Concesionario la parte contractual que deberá gestionar la consecución de los recursos necesarios para llevarla a cabo. A su vez, y como contraprestación a esta particular distribución de responsabilidades y riesgos, el Concesionario tendrá derecho a una retribución recaudada a partir de la explotación del bien construido, durante un periodo determinado. En otras palabras, la especial función económico-social que cumplen este tipo de contratos implica que el Concesionario asume para sí, y así deberá planearlo en consecuencia, los riesgos de la consecución de los recursos necesarios para financiar el proyecto constructivo adjudicado en un monto que, a su vez, permita cumplir con su obligación de construcción de la obra pública.

Ahora bien, también es necesario traer a colación las disposiciones aplicables a las Asociaciones Público Privadas, específicamente a aquellas que versan sobre la estructuración de los proyectos desarrollados a través de iniciativa privada.

En efecto, de forma similar a lo señalado en el citado numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 ya comentado, la Ley 1508 de 2012 establece en el artículo 14 que la estructuración de los proyectos deberá realizarse **por cuenta y riesgo del privado estructurador**, quien en todo caso deberá sujetar la conformación del proyecto a las etapas preestablecidas en la normativa, a saber, la etapa de prefactibilidad y factibilidad.

En lo que concierne a la primera de ellas, los artículos 20 del Decreto 1467 de 2012 y 2.2.2.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 disponen que la finalidad de la etapa de prefactibilidad consiste en proponer, cuantificar y comparar alternativas técnicas que permitan analizar la viabilidad del proyecto. Para lograr tal objetivo, el legislador incorporó ciertas exigencias que encuentran razón de ser en tanto la propuesta constituye un proyecto de contrato estatal que deberá salvaguardar el interés público y, por ende, requiere que las condiciones de su conformación no den lugar a vacíos o inconsistencias en el marco de la futura ejecución del proyecto.

A saber, el originador de la propuesta deberá tomar como base de la misma, fuentes secundarias, cifras históricas, proyecciones económicas e inspecciones básicas de campo que se llegaren a considerar necesarias para el establecimiento integral de las condiciones iniciales de la propuesta. En el mismo sentido, estará en la obligación de señalar de forma clara la descripción integral del proyecto, incluyendo el diseño mínimo en etapa de prefactibilidad, construcción, operación, mantenimiento, organización y explotación; su alcance, los estudios de demanda en etapa de prefactibilidad, especificaciones adicionales, costo estimado y la **fuentes de financiación** que se proyecte emplear¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Radicado N° 25000-23-26-000-2000-01778-01(29204) del 1 de agosto de 2016. C.P: Danilo Rojas Betancourth.

¹⁷⁶ Artículo 14, Ley 1508 de 2012.

Entonces, sin perjuicio de la información adicional que en etapa de prefactibilidad pueda requerir la entidad estatal, la determinación de la fuente de financiación del proyecto deberá incluir de conformidad con el artículo 2.2.2.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015 lo siguiente:

“6. Fuente de financiación:

“6.1. Estimación inicial de los ingresos operacionales del proyecto y sus proyecciones.

6.2. Estimación preliminar de la necesidad de contar con desembolsos de recursos públicos.

6.3. Identificación y estimación de las potenciales fuentes de financiación.”

Una vez presentada la propuesta, conforme a las exigencias normativas correspondientes, la entidad estatal procede a evaluar si existe o no un interés público en el proyecto que permita continuar con la etapa de factibilidad en la estructuración. Según lo preceptuado por el artículo 2.2.2.1.5.4. del Decreto 1080 de 2015, posterior a la presentación de la propuesta o de la información adicional que fuera requerida por la entidad estatal, ésta manifestará al originador si considera o no que la propuesta persigue un interés público, con base en la política sectorial y la priorización de proyectos a desarrollar, siempre que la misma contenga los elementos que permitan **inferir que pueda llegar a ser viable**¹⁷⁷. En dicha comunicación, la entidad deberá indicar al originador la siguiente información:

“1. Estudios mínimos a entregar en la etapa de factibilidad, su forma y especificaciones.

2. Estudios identificados en la etapa de prefactibilidad que deben ser elaborados o complementados obligatoriamente en la siguiente etapa.

3. La capacidad financiera o de financiación requerida.

4. La experiencia mínima en inversión o en estructuración de proyectos.

5. Plazo máximo para la entrega del proyecto en etapa de factibilidad, el cual en ningún caso será superior a dos (2) años, incluidas prórrogas. Este plazo no podrá suspenderse.”

De acuerdo con el artículo 15 de la Ley 1508 de 2012, la verificación en la etapa de prefactibilidad y el posterior concepto favorable de la entidad sobre la propuesta permitirá al originador continuar con la estructuración del proyecto sin que en caso alguno se generen obligaciones a cargo del Estado, sea respecto a la aceptación del proyecto o frente a aspectos relacionados con la estructuración misma. De igual modo, el particular originador de la iniciativa tampoco será titular de ningún derecho u obligación adicional a las establecidas legalmente.

Respecto a la etapa de factibilidad, esta fase permite al estructurador y a la entidad estatal profundizar en el análisis de la información básica que fue suministrada previamente en la etapa de prefactibilidad, mejorando los estudios y ampliando la información sobre los aspectos técnicos, **financieros, económicos**, ambientales y jurídicos del proyecto. En tal sentido, corresponde al originador presentar, mediante declaración juramentada que permita acreditar la veracidad de la información, lo siguiente:

¹⁷⁷ Artículo 22, Decreto 1467 de 2012.

*“(…) el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto, justificación del plazo del contrato, análisis de riesgos asociados al proyecto, estudios de impacto ambiental, económico y social, y estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, **financiera** y jurídica del proyecto.”¹⁷⁸*
(subrayado fuera de texto)

Adicionalmente, el originador deberá anexar los soportes que **acrediten su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación**, su experiencia en inversión o en estructuración de proyectos, el valor de la estructuración del mismo y una minuta del contrato a celebrar que incluya, entre otros, la propuesta de distribución de riesgos. El Artículo 2.2.2.1.5.5. del Decreto 1082 de 2015 dispone que, para la presentación del proyecto en etapa de factibilidad, el originador deberá presentar, entre otros elementos, la siguiente información, relacionada específicamente con las obligaciones de financiación:

“(…)
1.1. Documentos que acrediten su capacidad financiera o de potencial financiación, de acuerdo con lo definido por la entidad estatal competente.
4. Análisis financiero
4.1. El modelo financiero en hoja de cálculo, detallado y formulado que fundamente el valor y el plazo del proyecto que contenga como mínimo:
4.1.1. Estimación de inversión y de costos de operación y mantenimiento y sus proyecciones discriminando el rubro de administración, imprevistos y utilidad.
4.1.2. Estimación de los ingresos del proyecto y sus proyecciones.
4.1.3. Estimación de solicitud de vigencias futuras, en caso que se requieran.
4.1.4. Supuestos financieros y estructura de financiamiento.
4.1.5. Construcción de los estados financieros.
4.1.6. Valoración del proyecto.
4.1.7. Manual de operación para el usuario del modelo financiero.
(…)”

Según lo señalado por el artículo 16 de la Ley 1508 de 2012, una vez presentada la propuesta en la etapa de factibilidad, la entidad contratante contará con un plazo de 6 meses para su evaluación y estudio, por sí misma o a través de consultas realizadas a terceros¹⁷⁹. Valga resaltar que al igual que en la etapa previa, el artículo reitera que, en la etapa de factibilidad, la presentación de la iniciativa tampoco generará derecho alguno para el particular, ni obligación de ningún tipo para el Estado.

Las disposiciones referidas toman relevancia en el asunto que ocupa a este Tribunal en tanto se evidencia que, durante la Estructuración del proyecto (prefactibilidad y factibilidad), es el originador quien tiene a su cargo la obligación de presentar la totalidad de la información requerida por la normativa vigente y la entidad estatal en lo que se refiere a

¹⁷⁸ Artículo 14, Ley 1508 de 2012.

¹⁷⁹ Se otorga concepto favorable mediante resolución No. 730 de 2012 del 6 de noviembre de 2012 – ANI. 5012, Cuaderno de Pruebas número 2, folios 5 a 8.

aspectos económicos del proyecto, de modo que permita definir el modelo financiero, las fuentes de financiación del contrato estatal a celebrar y la capacidad financiera del potencial contratista, todo lo cual será previsto por el originador de tal manera que sea compatible con los eventuales compromisos que asumiría en caso de acometer el proyecto.

Así las cosas, se trae a colación la jurisprudencia del Consejo de Estado que ha dado aplicación al principio de planeación por virtud del artículo 4 de la Ley 1508 de 2012¹⁸⁰, disposición que incorpora a los esquemas APP los principios de la función administrativa y la contratación estatal. En efecto, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo estableció que **“en el esquema de APP el principio de planeación se traslada al particular originador de la iniciativa privada”** de manera que le es exigible estructurar su propuesta con suficiencia técnica y de diseños, y con la determinación adecuada de los riesgos asignados a las partes, esto con el fin de evitar que en desarrollo de la etapa de factibilidad se someta a evaluación un proyecto que resulte improvisado¹⁸¹.

En cuanto a la aplicación del artículo 14 de la Ley 1508, se han establecido ciertas reglas que permiten dar contenido al principio de planeación en el contexto de las APP:

*“(i) al tratarse de una iniciativa privada el particular originador estructura el proyecto de infraestructura pública, por ejemplo, **por su cuenta y riesgo**. Esto quiere decir que es el particular originador el que debe suministrar la información, los diseños, los criterios técnicos, los elementos presupuestales, los criterios de demanda y de precios, la definición inicial de los riesgos para estructurar el proyecto; (ii) lo que debe surtir en una primera etapa o de pre-factibilidad en donde se exige (a) la descripción completa del proyecto, (b) el [o los] diseño [s] mínimo [s] de lo que constituirá la construcción, operación, mantenimiento, organización y explotación de la infraestructura; (c) el alcance del proyecto; (d) los estudios de demanda; (e) las especificaciones del proyecto; (f) su costo estimado, y; (g) su **fuentes de financiación**”*.¹⁸²

Es entonces el originador quien debe cumplir a cabalidad con el principio de planeación y los deberes que se derivan del mismo, lo cual implica que deberá realizar un proceso de planeación coherente y riguroso de acuerdo con los criterios técnicos en los que se sustentan los diseños de la construcción, operación, mantenimiento, organización y explotación de la infraestructura. Lo anterior no es entendido como un simple formalismo, que se circunscribe a la etapa de estructuración, por el contrario, es una obligación a cargo del particular que se extiende a la etapa contractual del proyecto, pues como fue dicho anteriormente, este se concretará en la celebración de un contrato estatal que en todo caso tendrá consigo la exigencia de optimización y racionalización de los recursos públicos que hayan sido destinados al proyecto.¹⁸³ Por supuesto, lo que implica este efecto extendido del

¹⁸⁰ “Artículo 4°. Principios generales. A los esquemas de asociación público privada les son aplicables los principios de la función administrativa, de contratación y los criterios de sostenibilidad fiscal.”

¹⁸¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia del 29 de enero de 2018. Radicación número: 11001-03-26-000-2016-00101-00(57421).

¹⁸² *Ibíd.*

¹⁸³ *Ibíd.*

principio de planeación, es que el originador de una iniciativa privada debe prever diligentemente las exigencias de recursos que el proyecto planteado comporta, a la vez que identificar las fuentes de financiamiento, el costo de las mismas y, particularmente la estructura de capital o esquema de apalancamiento (recursos de capital vs recursos de deuda) que pueda resultar aplicable según la estructura de riesgos y demás consideraciones que en una iniciativa afiliada al esquema de Project finance inciden para permitir el adecuado fondeo y la “bancabilidad” del proyecto. Todas esas consideraciones, por supuesto, ensambladas en concordancia con la aptitud del potencial ejecutor para comprometer capital y acceder a las fuentes de financiamiento. De hecho, de esa articulación de todos los riesgos asociados al proyecto y del compromiso que el originador asuma de aportar recursos de capital (Equity), como elementos preponderantes de la estructuración financiera, penden las posibilidades de acceso a las fuentes externas de financiamiento y las condiciones (tasa, plazo, garantías, etc.) que para esos recursos puedan obtenerse.

Conviene reiterar que, en lo atinente a la etapa contractual, la normativa establece a cargo del contratista la obligación de desarrollar el proyecto por su cuenta y riesgo; no obstante, este aspecto no implica en sí mismo que el riesgo se encuentre de forma absoluta en cabeza del contratista, pues como expondrá a continuación este Tribunal, las partes, basadas en criterios orientadores, podrán asignar entre ellas la asunción y manejo de determinados riesgos vinculados al financiamiento.

5.2 Las obligaciones de financiación en el Contrato - Parte Especial y Parte General

Como se profundizará posteriormente, las partes del Contrato se encargaron de regular los elementos y las fuentes de financiación de este con base en un modelo de *Project Finance*, que se refleja en las disposiciones contenidas en el Contrato de Concesión No. 004 de 2015, las cuales, para efectos del análisis propuesto, serán transcritas o relacionadas a continuación. Se examina en primer lugar el numeral 2.1 de la parte general del contrato, que señala el objeto del mismo, consistente en:

*“el otorgamiento de una concesión para que, de conformidad con lo previsto en este Contrato, el Concesionario, por **su cuenta y riesgo**, lleve a cabo el Proyecto. El alcance físico del Proyecto se describe en la Parte Especial y en el Apéndice Técnico 1.”*

En línea con esta disposición, el numeral 3.2. de la parte especial sobre el alcance del contrato indica:

*“a) De conformidad con el Objeto del Contrato dispuesto en la Parte **General el alcance del Contrato corresponde a los estudios y diseños definitivos, financiación, gestión ambiental, predial y social, construcción, mejoramiento, rehabilitación, operación, mantenimiento y reversión de la Concesión Mall Vial del Meta de acuerdo con el Apéndice Técnico 1 y demás Apéndices del Contrato.**”*

De lo anterior se evidencia que tal como ha sido entendido por la normativa aplicable a contratos de la misma naturaleza que el Contrato No. 004 de 2015, el Concesionario debe llevar a cabo el proyecto por su cuenta y riesgo, limitándose dicha asignación contractual a las actuaciones realizadas desde la elaboración de los estudios y diseños definitivos, hasta la reversión de la concesión, incluyendo la financiación del Proyecto.

Las obligaciones de financiación fueron determinadas por las partes dentro del numeral 3.8 de la Parte General del Contrato, disposición según la cual:

“El Concesionario tendrá la obligación de gestionar y obtener la financiación en firme y los Recursos de Patrimonio necesarios para ejecutar la totalidad de las obligaciones que tiene a su cargo en virtud del presente Contrato incluyendo aquellas que, a pesar de no estar estipuladas, sean necesarias para obtener los resultados previstos en este Contrato, sus Apéndices y Anexos. El Concesionario determinará a su entera discreción el nivel de endeudamiento, que no podrá implicar la disminución de sus aportes de capital, sin perjuicio de los montos mínimos de Giros de Equity y Cierre Financiero, descritos a continuación”. (negritas fuera del texto)

La financiación del proyecto fue estructurada a partir de dos mecanismos o tipos de recursos, tomando como base los supuestos del *Project Finance*: (i) los recursos de deuda y (ii) los recursos de patrimonio o capital, todo lo cual se abordará de forma sucinta en el presente acápite para ser desarrollado posteriormente en relación con las circunstancias específicas que atañen al caso bajo estudio.

Según definición del Numeral 1.137 de la Parte General, los recursos de deuda son entendidos como aquellos destinados al Proyecto y que provienen de los denominados prestamistas para a posteriori ser entregados al Patrimonio Autónomo y llevados a la Cuenta Proyecto.

De otro lado, según definición del Numeral 1.138 de la Parte General del Contrato, los recursos de patrimonio son destinados al Proyecto y tienen como fuente los recursos aportados por los socios del Concesionario, quienes deberán poner a disposición del patrimonio autónomo los valores estipulados contractualmente de acuerdo con los mínimos que sean definidos para Giros Equity. El aporte de dichos recursos se encuentra también determinado en el Numeral 3.10 de la Parte General en donde se establece en cabeza del Concesionario la obligación de girar a la Cuenta Proyecto los valores correspondientes a capital, siendo la Fiduciaria la encargada de certificar que los recursos han sido recibidos de forma efectiva.

De conformidad con el Contrato, para que se dé cumplimiento efectivo de la obligación de aporte de los recursos de patrimonio, el aporte debe contabilizarse como aporte de capital de los accionistas, como prima de colocación de acciones y/o deuda de los accionistas a la sociedad; en todo caso, añade que la remuneración que se derive de los recursos de patrimonio deberá subordinarse al pago de los gastos del proyecto y a la remuneración de los recursos de deuda, lo cual constituye una seguridad para los prestamistas que facilita el acceso al mercado financiero.

Desde ese mismo precepto ya se avizora la diferente función, tratamiento y remuneración que tienen los recursos de capital frente a los recursos de deuda, pero especialmente cómo es que los recursos de capital obedecen a una obligación de distinta naturaleza de los originadores del proyecto, como se verá más adelante.

5.2.1 Riesgo de financiación en la estructuración y ejecución del Proyecto

Este Tribunal realizó previamente algunas menciones sobre la asignación particular de riesgos que implica tanto la estructura contractual como el esquema APP; no obstante, en la medida en que este tema cobra una relevancia fundamental para decidir el conflicto en cuestión, en el presente apartado se abordará específicamente lo relacionado con aquellos riesgos de naturaleza financiera y sus efectos en la asignación de los mismos que se contempló en el Contrato de Concesión No. 004 de 2015.

De acuerdo con el Parágrafo 2° del artículo 2.2.2.1.5.5 del Decreto 1082 de 2015, el originador privado deberá presentar una propuesta de asignación de riesgos considerando lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 4 de la Ley 1508 de 2012, el cual establece que los contratos deberán contar con una asignación eficiente de riesgos, de modo que cada una de las partes asuma aquellos en los que cuente con mayor capacidad de administración y mitigación de los eventos que puedan acaecer, generando afectaciones sobre la disponibilidad de la infraestructura y la prestación del servicio.

De igual modo, en atención a la naturaleza estatal del contrato de concesión, el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 fija como requisito de los pliegos de condiciones o de aquellos documentos que sean equivalentes, la inclusión de la **“estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación”**, por lo que, al entenderse como asimilado todo soporte que haga parte de la estructuración del proyecto, será imperativo definir los riesgos del contrato y la forma de su asignación. Como bien se enunció anteriormente, la asignación corresponderá en todo caso a riesgos que sean previsibles para las partes del contrato.

Según lo establecido en el artículo 2.2.2.1.5.5. del Decreto 1082 de 2015, deberán tenerse en cuenta los parámetros que sean definidos por la política de riesgos de los documentos CONPES para el sector de iniciativas públicas sin que ello sea impedimento para que el originador pueda presentar una iniciativa más favorable en materia de riesgos asignados a la entidad contratante. Sin perjuicio de lo anterior, se tomará como herramienta subsidiaria los lineamientos de la política de riesgos contenidos en el Documento CONPES 3107 *“Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura”*, sin restringir aquellos casos en que el privado presente una iniciativa con una asignación más favorable para la entidad contratante.

Una vez adjudicado el contrato, se destaca, no podrán presentarse nuevas propuestas sobre asunción de riesgos, ni podrá solicitarse responsabilidad en cabeza del Estado adicional a lo contemplado inicialmente en el contrato.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

En las iniciativas privadas que no requieran desembolsos de recursos públicos, como la que compete a este Tribunal, los mecanismos de compensación por la materialización de los riesgos asignados a la entidad estatal serán aquellos que se definan en la estructuración del proyecto, entre otros, pero sin limitarse: (i) la ampliación del plazo inicial de conformidad con la ley, (ii) la modificación del alcance del proyecto, (iii) el incremento de peajes y tarifas, y (vi) subcuentas y excedentes del patrimonio autónomo.

Ahora bien, conforme a la indicación del artículo descrito, y con el fin de ampliar el punto de vista desde el cual el Tribunal abordará la asignación de riesgos definida por las partes en el Contrato de Concesión, es necesario referirse a lo que los Documentos CONPES han establecido en materia de riesgos en el área de infraestructura y Asociaciones público privadas.

Con arreglo a lo dispuesto en el documento CONPES 3107 sobre *“política de manejo de riesgo contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura”* del 3 de abril de 2001, sobre aspectos financieros establece que la evaluación financiera deberá determinar las fuentes de pago y las necesidades de recursos para la financiación de los proyectos. En el mismo sentido, se estima que las fuentes tendrán como origen ingresos propios del proyecto y fuentes externas, como aportes presupuestales en caso de ser requeridos¹⁸⁴.

Este documento determina que el riesgo financiero en materia de infraestructura tiene dos componentes: **(i)** el riesgo de consecución de financiación y **(ii)** el riesgo de las condiciones financieras, dentro del cual se incluyen las modificaciones realizadas respecto a plazos y tasas. No obstante, este tipo de riesgo puede estar determinado por otras variables como el riesgo cambiario, las tasas de interés y el riesgo de refinanciación. Dicho lo anterior, la regla general será que el riesgo financiero sea asignado en su totalidad al inversionista privado.

Así mismo, el documento CONPES 3133¹⁸⁵, que incorporó modificaciones a la política de riesgo definida en el documento CONPES 3107 -ya citado- introdujo por medio del Cuadro 4 sobre política de riesgo para el sector transporte, respecto a los riesgos financieros, la posibilidad de que las entidades estatales otorgaran un soporte de ingreso para el servicio de deuda, con el fin de dar seguridad y un mayor nivel de confianza a los financiadores, teniendo en cuenta *“que eventuales disminuciones de la demanda pueden generar problemas de liquidez al proyecto en períodos críticos del servicio de deuda del proyecto”*. En este documento se señaló que el riesgo de financiación debe ser asignado al contratista.

Posteriormente, fue proferido el documento CONPES 3714 sobre el *“riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública”*¹⁸⁶, en donde se realiza la presentación

¹⁸⁴ Documento CONPES 3107 sobre *“política de manejo de riesgo contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura”*, 3 de abril de 2001, pg. 14.

¹⁸⁵ Documento CONPES 3133 sobre *“modificaciones a la política de manejo de riesgo contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura establecida en el documento CONPES 3107 de abril de 2001”* del 3 de septiembre de 2001, pg. 5

¹⁸⁶ Documento CONPES 3714 sobre *“riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública”*, del 1 de diciembre de 2011.

enunciativa de una propuesta de clasificación de riesgos, señalando sobre los Riesgos Financieros, que existen dos principales componentes: **(i) el riesgo de consecución de financiación o riesgo de liquidez**, y **(ii) el riesgo de las condiciones financieras**. **El primero se refiere a la dificultad de conseguir los recursos financieros, ya sea en el sector financiero o el mercado de capitales, para lograr el objetivo del contrato**. El segundo hace referencia a los términos financieros de dichos recursos, entre los que se encuentran plazos, tasas, garantías, contragarantías, refinanciaciones, entre otros.

Adicionalmente, el documento recomienda que el **riesgo se traslade al contratista por regla general, teniendo en consideración el nivel de experticia del particular en la consecución y estructuración de los recursos necesarios, por lo que se presume, cuenta con un manejo y posibilidad de administración efectiva de los riesgos financieros**.

Por último, el CONPES 3760 sobre “proyectos viales bajo el esquema de asociaciones público privadas: cuarta generación de concesiones viales” del 20 de agosto de 2013 refiere como uno de los cambios incorporados por la Ley 1508 de 2012, que “**las retribuciones con recursos del Estado se condicionan a la disponibilidad, al nivel de servicio y a los estándares de calidad fijados en el contrato. En este sentido, el socio privado deberá financiar la construcción de la infraestructura, hasta tanto se culmine cada una de las unidades funcionales en las que se divide el proyecto**. Lo anterior, busca alinear incentivos para que el privado construya rápidamente y en esta medida tenga el derecho de percibir su retribución.”¹⁸⁷

En lo que se refiere a la determinación de los riesgos asociados al proyecto, se dispone que será la Agencia Nacional de Infraestructura “**quien deberá definir la matriz de riesgo de cada proyecto cuyo origen sea de iniciativa privada, teniendo en cuenta que el privado es quien cuenta con mayor información sobre el proyecto a desarrollar y se encuentra en mejor posición para la correcta administración de los riesgos**”¹⁸⁸, en otros términos, la ANI deberá evaluar y rendir concepto favorable en estructuración sobre la propuesta presentada por el privado estructurador, quien al elaborar el proyecto se encuentra en mejores condiciones de definir los riesgos que serán asumidos por las partes en desarrollo de la ejecución futura del proyecto.

El documento señala un modelo de los riesgos mínimos que deben ser asignados en los proyectos que sean diseñados bajo el esquema APP de Iniciativa Privada¹⁸⁹, entre los cuales, se incluye **el riesgo de financiación**, que comprende la obtención del cierre financiero, las variaciones en las condiciones de liquidez y la insuficiencia de recursos para el pago de interventoría no imputable al concesionario, a saber:

¹⁸⁷ Documento CONPES 3760 sobre “proyectos viales bajo el esquema de asociaciones público privadas: cuarta generación de concesiones viales” del 20 de agosto de 2013, pg. 34

¹⁸⁸ *Ibíd.*, pg. 57.

¹⁸⁹ *Ibíd.*, Tabla 8, pg. 58.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

Tabla 8 Riesgos en proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa privada

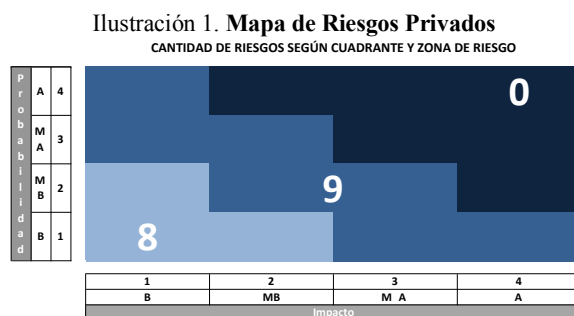
Riesgo	
Predial	Gestión Predial
	Mayores valores por adquisición predial
Obligaciones Ambientales	Gestión licencias o permisos
	Mayores valores por compensaciones socioambientales
	Obras no previstas requeridas por autoridades ambientales posteriores a expedición de licencias, no imputables al concesionario
Políticos/sociales	Movimiento, reubicación o imposibilidad de instalación de casetas, por decisiones de la ANI
	Invasión del derecho de vía
Redes	Mayores valores por interferencia de redes
Diseño	Mayores valores derivados de los estudios y diseños
Construcción/ Operación y mantenimiento	Variación de precios de los insumos
	Cantidades de obra
Comercial	Menores ingresos por concepto de peaje
Financiación	Obtención del cierre financiero
	Condiciones (plazo, tasas) y liquidez
	Insuficiencia de recursos para el pago de la interventoría por razones no atribuibles al concesionario
Cambiario	Variaciones del peso frente a otras monedas
Regulatorio	Compensaciones por nuevas tarifas diferenciales
	Cambios en normatividad ⁶²
	Cambios en especificaciones técnicas ⁶³ (Tecnología de recaudo electrónico de peajes)
Túneles	Mayores cantidades de obra ⁶⁴
Fuerza Mayor	Eventos eximentes de responsabilidad en la adquisición predial
	Eventos eximentes de responsabilidad por interferencia de redes
	Fuerza mayor por demoras en la obtención de licencias ambientales, no imputables al concesionario
	Costos ociosos por eventos eximentes de responsabilidad ⁶⁵
	Eventos asegurables
	Eventos no asegurables

De lo dicho anteriormente, el Tribunal destaca, de acuerdo con los parámetros establecidos por los documentos CONPES, que el riesgo de financiación corresponde en principio al Concesionario, quien sin perjuicio de los riesgos que puedan ser establecidos entre las partes asumirá lo correspondiente a variaciones en elementos adyacentes a la obligación principal de financiamiento como son plazos, garantías o mecanismos de refinanciación; y el riesgo que se derive de la dificultad o imposibilidad de alcanzar la liquidez necesaria para lograr la culminación del proyecto, contingencia en la cual se incluyen los recursos de deuda que deban ser obtenidos a través del sector financiero, por supuesto, pero también la obligación de aportar recursos de capital para lo cual debe contar con la capacidad financiera que exige la asunción de obligaciones dinerarias como se verá más adelante. Lo anterior en atención a la experticia del estructurador, quien no solo conoce la integridad de los elementos que componen la propuesta, sino que, adicionalmente como debió acreditar durante la planeación del proyecto, cuenta con un nivel de experticia en el sector.

5.2.2 Propuesta de distribución de riesgos

Una vez desarrollado el marco general de los riesgos en el marco de los contratos de infraestructura, el Tribunal procederá a revisar la asignación realizada durante la estructuración del proyecto y posteriormente en la etapa contractual del mismo, en el marco del Contrato de Concesión 004 de 2015.

En primer lugar, en la Matriz de riesgos contenida en el comparador público privado¹⁹⁰, mecanismo utilizado en la etapa de estructuración de acuerdo con la metodología contenida en la Guía de Buenas Prácticas para la Estructuración de Proyectos por Asociación Público Privada y la Resolución 3656 de 2012 del Departamento Nacional de Planeación, se establecieron los mapas de riesgos del proyecto, tanto públicos como privados, con el fin de determinar la mayor conveniencia de la iniciativa privada. Se estableció así la siguiente matriz sobre los riesgos que podrían ser asumidos por el privado estructurador:



a. Riesgos Privados por Cada Zona

Tabla 1 – Riesgos privados por área

8	9	0
Aceptables	Tolerables	Graves
Invasión del derecho de vía	Demoras en la disponibilidad de predios derivados de las actividades de gestión predial.	
Variación de precios de los insumos	Demoras en la obtención de las licencias y/o permisos.	
Mayores cantidades de obra para actividades de operación y mantenimiento	Sobrecostos derivados de los estudios y diseños	
Variación de precios de los insumos para actividades de operación y mantenimiento	Sobrecostos derivados de mayor cantidad de obras	
Menores ingresos por disminución del recaudo de peajes	Menores ingresos derivados de elusión del pago de peajes	
Liquidez en recaudo de peajes	Riesgo de liquidez en general	
Alteración de las condiciones de financiación y/o costos de la liquidez que resulten de la variación en las	No obtención del cierre financiero	

¹⁹⁰ Cuaderno de Pruebas número 1, folio 7, CPP IP Malla Vial (Feb 5-15).

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.

VS

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

8	9	0
Aceptables	Tolerables	Graves
variables del mercado o condiciones del proyecto		
Variaciones del peso frente a otras monedas	Cambio en normatividad (Normas NIIF)	
	Eventos asegurables	

Dentro del análisis realizado en el Comparador, se determinó que el riesgo financiero hace parte de los riesgos transferidos, es decir, aquellos que **el concesionario asume por su cuenta**, encontrándose contemplados entre ellos la alteración de las condiciones de financiación o los costos de liquidez que se ocasionen por la variación de las condiciones del mercado o del proyecto, el riesgo de liquidez en general y la no obtención del cierre financiero. En cuanto a este último, el comparador señala:

“(…)

*En cuanto a la calificación de probabilidad e impacto, es de indicar que la probabilidad se considera baja (B) puesto que el concesionario **desde el principio del proceso debe haber demostrado su capacidad de financiación y financiera**. Su impacto en la ejecución del contrato es alto (A), pues perturba la ejecución del contrato de manera grave, imposibilitando el cumplimiento del objeto contractual. Los promotores de la IP cuentan con respaldo del sector financiero que les permite acceder a tasas competitivas de financiamiento. Así mismo, el Originador ha tenido gran experiencia en financiación de proyectos logrando condiciones óptimas, a nivel local e internacional con diferentes tipos de financiadores y prestamistas (entre ellos entidades multilaterales y mercado de capitales, obteniendo condiciones de mercado favorables que permiten prever que este proyecto sea financiado en condiciones similares y por lo tanto la probabilidad de ocurrencia e impacto se considera baja. **Grupo Odinsa S.A. como parte del originador participa con el 51% en la estructura plural siendo una de las instituciones más prestigiosas ante el sector financiero por su solidez corporativa**. Es de indicar que no se proyecta refinanciación en la estructuración del proyecto.”*

Nótese que se tuvo en cuenta no solo la capacidad de financiación (de acceso a los mercados financieros) sino la capacidad financiera, destacando que “... Grupo Odinsa S.A. como parte del originador participa con el 51% en la estructura plural siendo una de las instituciones más prestigiosas ante el sector financiero por su solidez corporativa”, de manera que en la perspectiva del fondeo estuvieron considerados desde un comienzo tanto los recursos de deuda como los aportes de capital (Equity). Éstos últimos constituían una presencia de financiamiento corporativo por supuesto relevante para ampliar el acceso a las fuentes de financiamiento (deuda) de un proyecto concebido para un financiamiento estructurado (*Project Finance*). En segundo lugar, se trae a colación la Matriz de riesgos evaluada por la subdirección de riesgo de la ANI¹⁹¹, con base en las facultades otorgadas

¹⁹¹ Cuaderno de Pruebas número 2, folios 118 a 124.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

por el art. 6 de la ley 448 de 1998, artículos 44, 45, 49, 50, 51 y 53 del Decreto 423 de 2011 y los artículos 23, 31, 35, 36, 37 y 38 del decreto 1467 de 2012, sobre aprobación de la valoración de obligaciones contingentes:

ÁREA	TIPO DE RIESGO	ASIGNACIÓN DEL CONTRATO	PROBABILIDAD-FRECUENCIA				IMPACTO-COSTO			
			Bajo	Medio Bajo	Medio Alto	Alto	Bajo	Medio Bajo	Medio Alto	Alto
			0% - 5%	>5% - 15%	>15% - 30%	>30%	0% - 5%	>5% - 15%	>15% - 30%	>30%
FINANCIERO	No obtención del cierre financiero	Privado	X							X
	Alteración de las condiciones de financiación y/o costos de la liquidez que resulten de la variación en las variables del mercado o condiciones del proyecto	Privado	X					X		
	Insuficiencia de recursos para el pago de la interventoría por razones no atribuibles al concesionario	Público	X				X			

De lo expuesto, se señala que en la etapa de estructuración el riesgo financiero fue asignado en su totalidad al privado estructurador, por tratarse de quien cuenta con la experiencia y el conocimiento suficientes para definir mecanismos de gestión y mitigación de esa contingencia.

Ahora bien, en lo que se refiere a la etapa contractual, el Tribunal reiterará la misma conclusión anterior respecto a la asignación de riesgos que se llevó a cabo en la Etapa de Estructuración. En efecto, de conformidad con el Numeral 13.2, de la Parte General del Contrato de Concesión, se estableció como parte de los riesgos asignados al concesionario:

“(12) Los efectos favorables o desfavorables de la obtención y/o alteración de las condiciones de financiación y/o costos de la liquidez que resulten de la variación en las variables del mercado, toda vez que es una obligación contractual del Concesionario obtener la completa financiación para la ejecución del Proyecto, para el cual el Concesionario tiene plena libertad de establecer con los Prestamistas las estipulaciones atinentes al contrato de mutuo -o cualquier otro mecanismo de financiación- necesario para el desarrollo del Proyecto y no existirán cubrimientos o compensaciones de parte de la ANI, como consecuencia de la variación supuesta o real entre cualquier estimación inicial de las condiciones de financiación frente a las realmente obtenidas.

(...)

(25) En general, los efectos favorables desfavorables de las variaciones de los componentes económicos y técnicos -necesarios para cumplir con las obligaciones del Concesionario necesarias para la cabal ejecución de este Contrato, relacionadas con la consecución de la financiación y la elaboración de sus propios Estudios de Detalle y Estudios de Trazado y Diseño Geométrico, la contratación de los Contratistas, la contratación de personal las labores administrativas, los procedimientos constructivos utilizados, los equipos y materiales requeridos, el manejo ambiental y social, el manejo del tráfico, entre otros.” (se destaca)

De otra parte, y finalmente, una vez definida la asignación de riesgos del contrato de Concesión No. 004 de 2015, es pertinente señalar que conforme a lo indicado en la Respuesta a la evaluación en etapa de factibilidad de la propuesta de APP¹⁹², se advierte allí que el originador cumple con los requisitos de capacidad financiera de **(i)** patrimonio neto, **(ii)** capacidad de endeudamiento y **(iii)** cupo de crédito específico según CAPEX del proyecto en factibilidad, por lo cual fue considerado financieramente apto para desarrollar el proyecto y dar cumplimiento a las obligaciones derivadas del mismo, con lo que quedaron acreditadas las aptitudes del originador para atender las obligaciones relativas al aporte de Equity (recursos de capital) como para aquellas relativas a la estructuración de un esquema de obtención de financiamiento (deuda) con los denominados prestamistas del proyecto, es decir, para la cabal ejecución los dos aspectos del fondeo de los recursos. En estos términos se concluyó:

“De conformidad con las evaluaciones y revisiones efectuadas por la ANI se ha podido evidencia que el Originador cumple con los requisitos de capacidad financiera que se describen a continuación: (i) Patrimonio Neto (ii) Capacidad de endeudamiento y (iii) Cupo de Crédito Específico, de acuerdo con el capex del proyecto en etapa de Factibilidad que corresponde a la suma de UN BILLON DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS TREITA Y CINCO PESOS DE 2013 (\$1.268.448.575.235.000)

(i) Patrimonio Neto: El originador acreditó un Patrimonio Neto mínimo de SEISCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS VEINTICUATRO MILLONES DE PESOS (\$634.224.000.000) CONSTANTES DE DICIEMBRE DE 2013, según sus Estados Financieros. Capacidad de Endeudamiento

(ii) Capacidad de Endeudamiento: el Originador cumplió con los índices de endeudamiento de conformidad con lo expresado en la comunicación emitida

¹⁹² Respuesta a la evaluación en Etapa de Factibilidad de la Propuesta de APP – IP, ANI a representante legal suplente de ODINSA S.A. Rad. Salida No. 2015-200-002400-1 del 5 de febrero de 2015. Cuaderno de Pruebas número 2, folios 9 a 23.

por la ANI mediante la cual se aprueba la prefactibilidad y se otorga paso a factibilidad.

(iii) Cupo de crédito: Adjuntar una certificación de un cupo de crédito específico para este proyecto de acuerdo con las siguientes condiciones (...)"¹⁹³

De acuerdo con lo anterior, la Resolución de adjudicación del contrato resolvió dar un paso adelante con el Contrato de Concesión bajo el esquema de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada para la ejecución del proyecto, y adjudicar el contrato al originador ESTRUCTURA PLURAL AUTOPISTAS DEL META, tomando bajo consideración, entre otros supuestos, que *“el Originador cumplió en materia financiera con los requerimientos de las ‘Condiciones adicionales bajo las cuales la Entidad aceptaría la Iniciativa privada’ establecidos en la comunicación de viabilidad de la propuesta en la etapa de factibilidad del presente proyecto de Asociación Público–Privada de Iniciativa Privada”¹⁹⁴.*

6 Obligaciones de financiamiento: marco contractual, modificaciones y ejecución

6.1 Las pretensiones de las partes

En la Demanda Principal Reformada se formularon las siguientes pretensiones:

“PRETENSIÓN TRIGÉSIMA SÉPTIMA: Que se declare que la sociedad CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. ha cumplido con la debida diligencia en relación con la financiación destinada a la ejecución del Contrato de Concesión No.004 del 2015”:

“PRETENSIÓN TRIGÉSIMA OCTAVA: Que se declare que como consecuencia de las afectaciones del Proyecto objeto del Contrato de Concesión No.004 de 2015 (...) la Banca se ha negado a otorgar a la sociedad Concesión Vial de los Llanos los recursos de deuda (financiación) requeridos para la ejecución del Contrato de Concesión, sin causa o hecho imputable a la sociedad concesionaria.

“PRETENSIÓN TRIGÉSIMA NOVENA: Que se declare que la sociedad Concesión Vial de los Llanos no está obligado ni por la Ley ni por el Contrato de Concesión No.004 de 2015 a ejecutar el Proyecto que constituye su objeto únicamente con recursos de equity, según su definición en el Contrato, si tal ejecución le ocasionara pérdidas patrimoniales.

“PRETENSIÓN CUADRAGÉSIMA: Que se declare que, en las condiciones actuales del Proyecto, el Concesionario sociedad Concesión Vial de los Llanos S.A.S incurrirá en pérdidas económicas irrecuperables si fuese forzado a

¹⁹³ *Ibíd.*

¹⁹⁴ Resolución 638 del 9 de abril de 2015. Ministerio de Transporte, Agencia Nacional de Infraestructura. Cuaderno de Pruebas número 1, folio 7, Aprobación APP, adjudicación.

ejecutar el Contrato de Concesión No.004 de 2015 únicamente con recursos de equity.

“PRETENSIÓN CUADRAGÉSIMA SEGUNDA. Que se declare que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, en su condición de entidad contratante — concedente en el Contrato de Concesión 004 del 5 de mayo de 2015 ha tenido conocimiento de:

“1. Las variaciones estructurales de las premisas esenciales del Caso Base del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, en cuanto hace a su factibilidad financiera que devinieron estructurales en el contexto de la economía nacional, y particularmente en el contexto de la economía regional en la zona de ubicación del Proyecto en Concesión.

“2. La negativa de los prestamistas a otorgar a la sociedad CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S., la financiación en la proporción (deuda) requerida para la ejecución del Proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, debido a las circunstancias actuales que impiden su ejecución por inviabilidad financiera, al no tener un caso financiero base, habiéndose modificado el esquema tarifario contractual unilateralmente y la incertidumbre de los ingresos del Proyecto, lo cual no asegura la fuente de pago.

“3. La negativa de los prestamistas a otorgar a los accionistas de la sociedad CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S., la financiación en la proporción (equity) requerida para la ejecución del Proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, debido a las circunstancias actuales que impiden su ejecución por inviabilidad financiera, al no tener un caso financiero base, habiéndose modificado el esquema tarifario contractual unilateralmente y la incertidumbre de los ingresos del Proyecto, lo cual no asegura la fuente de pago.

“PRETENSIÓN CUADRAGÉSIMA TERCERA. Que se declare que el 2 de junio de 2016, la sociedad CONCESION VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI suscribieron el OTROSÍ No. 3 al Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, y entre otros acuerdos, pactaron:

“CLÁUSULA SEGUNDA: Dentro de máximo los noventa (90) días siguientes a la firma del presente otrosí, deberá surtirse el proceso de socialización del esquema tarifario de la resolución 1130 de 2015 con sus fórmulas de indexación en las estaciones de peaje de Yucao y Casetabla, así como su definición e implementación. (...)

“PARÁGRAFO PRIMERO: En todo caso el Concesionario tendrá un plazo adicional para el cierre financiero de noventa (90) días contados a partir de la fecha en que se surta el proceso de socialización y cuando se defina un caso financiero base del proyecto, todo lo cual deberá quedar reflejado mediante Otrosí al contrato.

“PARÁGRAFO SEGUNDO: definido el caso base del proyecto, se deberá revisar el modelo financiero para determinar y valorar si existe un efecto financiero generado por las nuevas condiciones del Contrato y por las

modificaciones realizadas mediante otrosí. Los ajustes pertinentes se harán mediante Otrosí al contrato.

“PRETENSIÓN CUADRAGÉSIMA CUARTA. Que se declare que el OTROSÍ No. 3 al Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 está vigente y los pactos contenidos en él obligan a la sociedad CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, con fuerza vinculante.

“PRETENSIÓN CUADRAGÉSIMA QUINTA. Que se declare que como consecuencia de lo pactado por la sociedad CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI en la cláusula segunda del OTROSÍ No. 3 al Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, una vez cumplido el proceso de socialización al que refiere la mencionada cláusula segunda del OTROSÍ No. 3, la sociedad CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, las Partes debían, según los expresos pactos consignados en la estipulación citada:

“a) Definir un caso financiero base del Proyecto.

“b) Reflejar la definición del caso financiero base del Proyecto en un Otrosí al Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015.

“c) Revisar el modelo financiero del Proyecto para determinar y valorar si existe un efecto financiero generado por las nuevas condiciones del Contrato y por las modificaciones realizadas mediante el Otrosí No. 003 al Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015.

“d) Reflejar la revisión del modelo financiero del Proyecto al que refiere el literal c) anterior en un Otrosí al Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015.

“e) Conceder un plazo adicional de noventa (90) días para el cierre financiero del proyecto, cuyo cómputo iniciaría una vez se diera cumplimiento concurrente a tres condiciones, expresamente pactadas:

“√ Se surtiera el proceso de socialización del esquema tarifario de la Resolución 1130 de 2015 con sus fórmulas de indexación en las estaciones de peaje de Yucao y Casetabla, así como su definición e implementación, a que hace referencia el Parágrafo Primero de la Cláusula Segunda del Otrosí No. 5 al Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015;

“√ Se definiera un caso base para el Proyecto; y

“√ Se suscribiera el respectivo Otrosí en el que se incorporaran las dos condiciones precedentes.

“PRETENSIÓN CUADRAGÉSIMA SEXTA. Que se declare que, de conformidad con lo dispuesto en el Parágrafo Primero de la Cláusula Segunda del OTROSÍ No. 3 al Contrato de Concesión, "el Concesionario tendrá un plazo adicional para el cierre financiero de noventa (90) días contados a partir de la fecha en que se surta el proceso de socialización y cuando se defina un caso financiero base del proyecto, todo lo cual deberá quedar reflejado mediante Otrosí al contrato.

“PRETENSIÓN CUADRAGÉSIMA SÉPTIMA. Que se declare que a la fecha de presentación de esta demanda, las Partes del Contrato de Concesión No. 004 de 2015, sociedad CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. y AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, dentro del marco del OTROSÍ No. 3, no han definido un caso financiero base del proyecto, sin causa o hecho imputable al Concesionario.

“PRETENSIÓN CUADRAGÉSIMA OCTAVA. Que como consecuencia de lo anterior, se declare que el plazo adicional de noventa (90) días al inicialmente pactado en el OTROSÍ No. 3, para que el Concesionario obtenga el Cierre Financiero del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, no ha iniciado.

“PRETENSIÓN QUINCUAGÉSIMA. Que se declare que el 21 de diciembre de 2016, el Concesionario, Sociedad CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, suscribieron el OTROSÍ No. 6 al Contrato de Concesión No. 004 de 2015, y pactaron, entre otros acuerdos, lo siguiente: (...)”

“PRETENSIÓN QUINCUAGÉSIMA PRIMERA. Que se declare que el OTROSÍ No. 6 al Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 está vigente y los pactos contenidos en él obligan a la sociedad CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, con fuerza vinculante.

“PRETENSIÓN QUINCUAGÉSIMA SEGUNDA. Que se declare que de conformidad con lo pactado en la Cláusula Segunda del OTROSÍ No. 6 al Contrato de Concesión No. 004 de 2015, en el evento de que transcurra un (1) año contado a partir de su suscripción, de no haber llegado las partes a un acuerdo conciliatorio o de no haberse proferido por el Tribunal de Arbitramento el Laudo que ponga fin al proceso, las “Partes de común acuerdo suscribirán los documentos contractuales necesarios que determinen la continuidad del proyecto

“PRETENSIÓN QUINCUAGÉSIMA QUINTA. Que se declare que el 28 de julio de 2017, el Concesionario, Sociedad CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, suscribieron el documento denominado ACTA DE ENTENDIMIENTO, y pactaron, entre otros acuerdos, lo siguiente: (...)

“PRETENSIÓN QUINCUAGÉSIMA OCTAVA. Que se declare que de conformidad con lo dispuesto en la Sección 4.4. de la Parte General del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, el inicio de la Etapa de Construcción está supeditado al cumplimiento de las siguientes condiciones precedentes:

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

“PRETENSIÓN QUINCUGÉSIMA NOVENA. Que como consecuencia de lo anterior, se declare que hasta tanto el Concesionario no haya obtenido el Cierre Financiero del Proyecto, en los términos y a los efectos previstos en la Sección 4.4 de la Parte General del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, no se podrá dar inicio a la Fase de Construcción del Proyecto.

“PRETENSIÓN SEXAGÉSIMA.- Que se declare que la Banca a la que ha acudido la sociedad CONCESION VIAL DE LOS LLANOS S.A.S., contratista concesionario en el Contrato de Concesión No. 004 de 2015, le ha negado el crédito por inviabilidad financiera del Proyecto al no tener un caso financiero base, habiéndose modificado el esquema tarifario contractual unilateralmente y la incertidumbre de los ingresos del Proyecto, lo cual no asegura la fuente de pago.

“PRETENSIÓN SEXAGÉSIMA PRIMERA.- Que se declare que la sociedad CONCESION VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. se encuentra en imposibilidad de obtener el cierre financiero del Proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 004 de 2015, por no tener acceso al crédito que le permita obtener los recursos de deuda requeridos para su ejecución, sin causa o hecho imputable a su gestión.

“PRETENSIÓN SEXAGÉSIMA SEGUNDA.- Que se declare que desde la estructuración del Proyecto se previó el esquema financiero para su financiación con un sesenta y cuatro por ciento (64%) de recursos de deuda y un treinta y seis por ciento (36%) de recursos de equity.

“PRETENSIÓN SEXAGÉSIMA TERCERA.- Que se declare que la estructura de financiación (esquema financiero) prevista por el Concesionario es propia de proyectos de infraestructura bajo la modalidad de proyectos autofinanciables o project finance”.

“PRETENSION SEXAGÉSIMA QUINTA “Que se declare que la sociedad CONCESION VIAL DE LOS LLANOS (...) ha dado cumplimiento a las obligaciones asumidas bajo el Contrato de Concesión y su OTROSIES, particularmente en cuanto hace al cumplimiento de sus obligaciones de giros de equity, incluyendo, pero sin limitarse a ello, con los giros de equity previstos para la primera fase de la Etapa de Construcción del Proyecto”.

En la Demanda de Reconvención Reformada se incluyeron las siguientes:

“1.8. OCTAVA. Que se declare que el retraso en la iniciación de la etapa de construcción es imputable a la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. como consecuencia de una deficiente planeación con relación a la viabilidad financiera del proyecto, teniendo en cuenta que el riesgo financiero se trata de un riesgo legal y contractualmente asignado al concesionario.”

“1.9. NOVENA. Que se declare que la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S incumplió la obligación de Obtención de Cierre Financiero en los términos de la cláusula 3.9 de la Parte general del Contrato de Concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015LK, en el evento en que no se ejecute su objeto antes del veintidós (22) de diciembre del año en curso, atendiendo lo pactado en el Otrosí número 6 de 2016.

6.2 Las posiciones de las partes y los intervinientes

6.2.1 Posición de la Demandante

La Demandante se refiere a los cambios que se han producido en el tráfico y en los ingresos de la concesión y señala que la banca no concede crédito al Proyecto bajo ninguna condición sencillamente porque presenta valor negativo, la inversión se destruye y, por lo mismo, no es “*banqueable*”.

A este efecto precisa que con anterioridad a la celebración del contrato el entonces Originador aportó, para la evaluación de su propuesta, las cartas compromiso de la Banca con manifiesto interés en la financiación del Proyecto, bajo el presupuesto de que el Contrato mismo resultaría autofinanciable por la solidez financiera de las variables tenidas en cuenta en su estructuración para su desarrollo, como es lo lógico, razonable y usual en este tipo de proyectos (*Project Finance*).

Ante las circunstancias que se presentaron en el tráfico y los ingresos, las partes celebraron los Otrosíes 3 y 6 al Contrato de Concesión No. 004 de 2015, de conformidad con los cuales las partes estarían llamadas a instrumentar acuerdos para superar las dificultades económicas derivadas de la ejecución del contrato, para lo cual las partes suscribirían los documentos contractuales correspondientes. Como ello no sucedió, considera la Demandante que la ANI se encuentra en situación de incumplimiento.

Afirma la Demandante que la ANI confunde el contenido y alcances del denominado “*riesgo financiero*” o “*riesgo de financiación*” a cargo del Concesionario, con una especie de asunción de riesgo abierto por parte del Contratista que sólo puede existir en su imaginario, puesto que en su discurrir, parte de la hipótesis de que el contratista deberá ejecutar el contrato “*pase lo que pase*” y “*afecte lo que afecte*” su posibilidad de acceso a los recursos de financiación requeridos para el desarrollo del Proyecto, atribuyendo a este riesgo elementos y connotaciones que le son ajenas.

El riesgo financiero o riesgo de financiación del Concesionario, consiste en la asunción por este, de los efectos favorables o desfavorables de las condiciones en que obtenga los recursos destinados al Proyecto. Refiere específicamente este riesgo contractual al costo de la financiación, a los pactos relacionados con el pago y en general a las condiciones del crédito determinadas por la situación del Proyecto, la economía nacional, etc. Pero siempre restringido a las condiciones del costo de financiación.

Agrega la Demandante que, en la asunción de este riesgo por el Concesionario, no pueden entenderse incluidos los efectos derivados de hechos exógenos y ajenos a su órbita de

gestión máxime cuando la única garantía de pago de esos recursos que tiene el financista es el proyecto mismo: de su idoneidad pende el repago del crédito. Se trata en últimas de un “*Project Finance*”.

Señala que el Concesionario ha seguido insistiendo y perseverando en su firme intención de dar cumplimiento a sus obligaciones y lograr la financiación del proyecto, sin encontrar eco en el sector financiero, como consecuencia de la situación actual de ejecución contractual.

También alega que las condiciones nocivas afectaron gravemente la estructuración del Proyecto y la situación actual del sector y por ello el Cierre Financiero del Proyecto es inobtenible. Es por ello, que el Concesionario no tiene salida distinta: o se revisa el Caso Base de modo que se hagan los ajustes correspondientes a la realidad de ejecución contractual, o el Contrato sencillamente deberá terminarse por imposibilidad de ejecución. De no hacerlo, de decidir el juez del contrato condenar a este Concesionario –y se trataría de una verdadera condena- a la ejecución del contrato de concesión en las condiciones iniciales de su celebración, lo estaría condenando indefectiblemente a la imposición de graves sanciones contractuales, inclusive a la caducidad del Contrato, por un presunto incumplimiento que mal puede ser imputado a su responsabilidad, sabida, como es- la imposibilidad de su ejecución por razones de inviabilidad financiera.

6.2.2 Posición de la Demandada

Expresa la Demandada que el concesionario y la entidad estatal ante la postura de la comunidad de no aceptar las tarifas de peajes, buscaron celebrar un documento modificadorio del contrato de concesión que reducía el alcance físico del contrato y la disminución de tarifas de peajes. Como la comunidad manifestó la posibilidad de aceptar las tarifas contractuales se determinó que no resultaba necesaria la modificación proyectada y que, por el contrario, lo que procedía era dar curso a las solicitudes de los mandatarios locales, las que por su parte determinaron la necesidad de ampliación del término de la etapa de pre-construcción en seis (6) meses con la finalidad de presentar a la comunidad el esquema tarifario de la Resolución 1130 de 2015.

Agrega que en el Otrosí No. 3 se estipuló que en el evento de que no se lograra la implementación del esquema contenido en la precitada resolución, las partes pactarían una modificación al alcance del proyecto para viabilizar su ejecución, para lo cual determinarían un caso base financiero. Se señaló que una vez se tuviera el resultado de las socializaciones e implementación de las tarifas mencionadas en el presente documento, se revisarían los mecanismos regulados en el contrato y solamente, de ser necesario, se definirían las nuevas condiciones del mismo, tales como el valor del contrato y el plazo de las diferentes etapas y fases del mismo. De lo contrario al no presentarse la necesidad no sería procedente la definición de un nuevo caso base.

Destaca la Demandada que, comoquiera que la comunidad aceptó las tarifas contractuales, no se produjo la condición establecida en el Otrosí No. 3 relacionada con el establecimiento de un caso base y de una modificación contractual, pues ésta solo hubiese tenido lugar, en

el evento en que no se lograra la implementación del esquema contenido en la Resolución 1130 de 2015, como claramente se explicó.

Señala que el concesionario asumió el riesgo financiero pues *“es una obligación contractual del Concesionario obtener la completa financiación para la ejecución del Proyecto”* y tiene a su disposición cualquier mecanismo de financiación para lograr el cierre financiero.

Señala que el concesionario alega una imposibilidad de cumplir con sus obligaciones cuando en realidad esta no es objetiva. Expresa que no existe una verdadera imposibilidad de cumplimiento puesto que cualquier otro deudor en una posición similar se vería en la posibilidad de cumplir. Se trata entonces de una imposibilidad subjetiva, o una mera dificultades para ejecutar su obligación y no fuerza mayor o un desequilibrio. Por ende, no resulta procedente la revisión, reequilibrio ni mucho menos la terminación del contrato. De ser así, en contratos futuros bastaría que cualquier concesionario alegue la falta de recursos para dar por terminado el contrato sin que éste responda por su incumplimiento lo que resulta jurídicamente difícil de aceptar.

6.2.3 Posición de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

La Agencia señala que es obligación del originador de la propuesta conseguir el cierre financiero del proyecto, esto es, asegurar los recursos económicos que permitan llevar a cabo la etapa operativa del proyecto (operación y mantenimiento). Esta fase de cierre corresponde a una etapa previa al inicio de la construcción y por tratarse de una APP de iniciativa privada, no cabe duda de que el riesgo financiero le corresponde a quien presentó la propuesta aún más cuando ha sido este quien ha tenido la posibilidad de estructurarla a todo nivel y ha podido prever circunstancias que afectarían la obtención del cierre financiero del proyecto y prever también los mecanismos de mitigación en caso de la materialización de dicho riesgo.

6.2.4 Concepto del Ministerio Público

Expresa el señor agente del Ministerio Público que de los apartes transcritos de los otrosíes cuyo incumplimiento reclama la actora, no advierte ninguna obligación pendiente de cumplimiento por parte de la ANI, pues en ambos casos, la hipótesis de la celebración de un otrosí complementario, se sujeta a la existencia de circunstancias que ameritaran la necesidad, en consideración de ambas partes, de establecer modificaciones que garantizaran la viabilidad del contrato.

En relación con lo anterior, expresa que no advierte que las necesidades previstas en los referidos otrosíes se hayan evidenciado, pues las dificultades que estaría afectando al contrato parecen del exclusivo resorte del concesionario y, por lo mismo, no resultarían viables modificaciones contractuales para superarlas, en tanto deben ser asumidas y gestionadas, en los términos del contrato vigente, por el concesionario.

6.3 Consideraciones del Tribunal

6.3.1 Las obligaciones de financiación en el Contrato - Parte Especial y Parte General

Ahora bien, aunque se trate de un contrato de concesión que, como ha quedado claro y se ha analizado por parte del Tribunal, lleva consigo una asignación y distribución de riesgos, para efectos de determinar los alcances y limitaciones de las responsabilidades de las partes en torno a la financiación del proyecto, tema que convoca al Tribunal en este apartado, es necesario precisar las características de este contrato particular, dado el singular esquema financiero implementado y la importancia para la controversia que se decide.

En específico, en los sistemas de financiación privada, donde el Estado no afecta el presupuesto oficial con recursos para aportarlos a la construcción de un proyecto, se ha implementado el modelo de concesión basado en la financiación por proyecto o ‘*Project Finance*’. La justicia arbitral, en otras ocasiones, ha tenido la oportunidad de precisar el alcance de este tipo de financiación que busca crear una estructura de incentivos para vincular recursos provenientes de diversos actores y cuyo rasgo característico es que todos los inversionistas privados tendrán como principal garantía los flujos de caja y el rendimiento del proyecto mismo, mas no los recursos del patrimonio del promotor del proyecto:

*“En principio, el Project Finance es un sistema en virtud del cual el sector privado financia el **proyecto sin garantía alguna del Estado, partiendo del principio que la cobertura de los costos del proyecto — costos de funcionamiento y servicio de deuda, es decir, devolución de capital y pago de intereses — ha de basarse en el margen bruto de autofinanciación o Cash-flow generado por el propio proyecto, recayendo la garantía sobre los activos del mismo y no sobre los del concesionario, quien por otra parte no gozará de avales o garantías estatales (...)** El flujo de caja del propio proyecto tiene que ser suficiente para generar los recursos necesarios para hacer frente a los gastos de inversión y explotación, costos financieros, impuestos, pago de la deuda, permitiendo así mismo que el concesionario obtenga un razonable margen de utilidad, medido en el tiempo por la tasa interna de retorno (TIR) del proyecto.*

(...)

El núcleo del sistema consiste en que a partir del contrato de concesión y del modelo financiero del proyecto, se ofrezcan las garantías suficientes para que el prestamista se decida a aportar los recursos necesarios, a tal punto que la correcta definición y reparto de los riesgos entre las partes intervinientes en el proyecto, constituye el elemento determinante de participación del prestamista”.¹⁹⁵

¹⁹⁵ Tribunal de Arbitramento. Concesionaria Vial de los Andes (COVIANDES) vs. INVÍAS. Laudo del 25 de agosto de 2004, Cámara de Comercio de Bogotá.

El término *Project Finance*, aclara el Tribunal, es utilizado para referirse a una modalidad de financiación que establece como única o principal fuente para la cobertura de los costos de un proyecto, el margen de autofinanciación o flujo de recursos del proyecto mismo¹⁹⁶. A diferencia de la otra modalidad tradicional de financiamiento, conocida como *Corporate Finance*, en donde es la empresa gestora del proyecto la que directamente financia y asume todos los riesgos con su propio patrimonio, la financiación por proyecto sigue la lógica de lo que en la doctrina anglosajona se denomina como '*non recourse financing*'¹⁹⁷. Esto quiere decir que la inversión, proveniente de diferentes fuentes, tendrá como garantía de pago únicamente los flujos y rendimientos que arroje la operación del proyecto, sin tener garantía legal alguna ligada al patrimonio de la empresa gestora. Es por esta razón que esta modalidad de financiamiento incluye tradicionalmente la creación de una persona jurídica o SPV (por sus siglas en inglés, *special purpose vehicle*) que, primero, permite la separación de activos respecto a la sociedad matriz y, segundo, se constituye como el centro de activos y pasivos del proyecto, asumiendo todas las obligaciones.

La estructuración de la financiación de un proyecto de construcción a partir del *Project Finance* implica entonces que, por un lado, el flujo de caja se convierte en la principal fuente de recuperación de los recursos invertidos y, por otro, una estructura legal y una separación patrimonial a partir de la creación de personas jurídicas y patrimonios autónomos que lleva a que no exista recurso o garantía directa sobre el patrimonio de la sociedad gestora o promotora, pues toda seguridad de pago se basará en la viabilidad y rentabilidad del proyecto.

Ahora bien, una tercera característica de este tipo de financiación es la estructura de capital, que busca crear un esquema de lo que se conoce como 'apalancamiento'. A esta estructura de capital se le conoce como estructura '*Equity*' y '*deuda*', haciendo referencia al porcentaje de recursos propios que invertirá la entidad promotora al proyecto (*Equity*¹⁹⁸) y a la porción que será financiada con préstamos de terceros inversionistas (*Deuda*). Como lo describe el Peritaje de Valora que obra en el expediente¹⁹⁹:

*“Una financiación de proyecto suele ser una transacción altamente apalancada; es raro ver una compañía de proyectos financiada con una relación deuda/capital menor a 60/40 y en ciertos sectores de infraestructura social, no es raro que los proyectos estén financiados en un 90% con deuda”*²⁰⁰

Como bien lo deja entrever la cita, los sistemas *Project Finance* tienen como característica que la financiación se hace a partir de la consecución de múltiples fuentes de recursos, con

¹⁹⁶ Flight, A. (2005). *Introduction to Project Finance*. Butterworth-Heinmen: Chicago

¹⁹⁷ Pretorius, F et al. *Project Finance for Construction and Infrastructure: principles & case studies*. Wiley-Blackwell: Nueva York.

¹⁹⁸ El peritaje de Valora define *Equity* en los siguientes términos: “*También identificado como capital. El Equity es el nombre con el que se conocen en inglés los fondos propios de una empresa. A nivel contable el término Equity es usado para referirse al capital social o patrimonial de la compañía. También, el término es utilizado al referirse al Costo de Equity o de los recursos propios*”. C.fr. Peritaje de Valora, pg. 80. Cuaderno de Pruebas número 6, folio 334.

¹⁹⁹ Cfr.: Dictamen del perito Valora Consultoría S.A.S., pg. 62. Cuaderno de Pruebas número 6, folio 316.

²⁰⁰ Cfr.: Dictamen del perito Valora Consultoría S.A.S., *ibid*.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

garantía principal de repago en la rentabilidad del proyecto y su tasa interna de retorno (TIR). Serán los activos invertidos en la construcción y operación y los réditos o flujos de capital una vez éste se vaya desarrollando, los que permitirán asegurar el pago de lo invertido. Esto, sumado al hecho de que no es el Concesionario el único que aporta los recursos necesarios para la ejecución de la obra, implica una cuidadosa estructuración de los incentivos y riesgos para llevar a cabo el proyecto a buen término. En efecto, el Concesionario tendrá a su cargo la gestión financiera para conseguir de los otros inversores un monto de recursos que le permitan completar la estructura de capital.

De esta manera, la lógica de la financiación por proyecto implica que, en la práctica y dada la separación de activos a cuyo beneficio tiene la sociedad promotora, se incluyan y establezcan diversos mecanismos para darle mayor seguridad a los terceros inversores encargados de proveer los recursos de Deuda. Aunque, como explicó el Tribunal, la garantía de éstos reside en una adecuada valoración financiera del proyecto, pues son los flujos del mismo los que permitirán el pago de los servicios de deuda —medidas como, por ejemplo, un estudio de la demanda del servicio para determinar su estabilidad o una modelación financiera que demuestre que el proyecto es capaz de operar dando rendimientos en escenarios incluso pesimistas— generalmente los prestamistas requieren otro tipo de medidas que comprometan e incentiven directamente al gestor con el éxito de la construcción de la obra.

Entre estas garantías adicionales se encuentran varios mecanismos legales, cuyo uso y estructuración estará determinado por las particularidades del proyecto. Entre ellas se mencionan, a modo enunciativo, la participación de la compañía promotora como fiadora en algunos préstamos hechos a la sociedad SPV o la incorporación de garantías reales en los préstamos.

Ahora bien, dentro de la estructuración de incentivos que buscan vincular a la compañía promotora o gestora con el éxito del proyecto por construir, dado que su patrimonio se encuentra separado del mismo por la intermediación de una sociedad SPV, los prestamistas se suelen enfocar en la provisión de un Equity o un mínimo de recursos propios del promotor al proyecto. Este tipo de compromisos se suelen estructurar a partir de las cláusulas denominadas por la doctrina especializada como “*hell or high water*”, que son, en palabras de esta misma, “disposiciones que establecen una obligación incondicional (generalmente de pago) independientemente de cualquier evento que afecte la transacción”²⁰¹.

Esta clasificación doctrinal que, por supuesto, no tiene ningún alcance legal, permite ilustrar y entender el alcance de la estructuración de la obligación de Giros de Equity en el marco de incentivos de un *Project Finance*: es el compromiso de aportar un monto mínimo de recursos de manera que comprometen a la sociedad promotora como un incentivo y garantía de aplicar sus esfuerzos para el éxito del proyecto. Generalmente este tipo de cláusulas están acompañadas por una prelación de pagos estructurada contractualmente, y serán los Giros Equity los últimos en pagarse con los rendimientos que arroje el proyecto.

²⁰¹ Clearly, Gottlieb, Steen & Hamilton. *Seminario de “Project Finance” para empresas del Sector Público Colombiano*. 20 de abril de 1995. Glosario.

Como lo explica Andrew Flight: *“los prestamistas no requieren un alto nivel de Equity de los sponsors del proyecto [en la medida que] una participación de Equity es una forma efectiva de asegurar que los promotores del proyecto estén adecuadamente incentivados con el éxito del mismo”*²⁰².

Con estas aclaraciones se puede dar cuenta a cabalidad de la particular estructura financiera que comprende el Contrato de Concesión No. 004 de 2015. En efecto, aunque el riesgo de financiamiento está asignado legal y contractualmente al Concesionario, la particularidad de *“Project Finance”* permite revelar que la gestión del riesgo financiero por parte del Concesionario se dividía en el cumplimiento de dos obligaciones diferentes: por un lado, una obligación de aportes de capital y, por el otro, una obligación que si bien implica la gestión financiera, está enfocada a la consecución de los recursos restantes, provenientes de otras fuentes, es decir, de terceros proveedores de financiación. Son estas dos obligaciones de la Concesionaria, de diferente índole, ambas relativas a la provisión de recursos para el proyecto, las que el Tribunal pasa ahora a reseñar y a darles el alcance jurídico respectivo.

En este contexto y teniendo presente lo ya concluido en precedentes acápites de esta providencia, está llamada a prosperar la pretensión octava de la Demanda de Reconvención Reformada de la Agencia Nacional de Infraestructura—ANI— en el entendido de que el retraso en la iniciación de la etapa de construcción es imputable a Sociedad Concesión Vial de los Llanos S.A.S., por una deficiente planeación de la viabilidad financiera del proyecto, en el entendido de que el riesgo financiero es un riesgo legal y contractualmente asignado al concesionario. Como ya lo ha determinado el Tribunal en la sección respectiva, este retraso, atado a la insuficiencia de los flujos del proyecto debido al comportamiento del petróleo, era previsible y, por lo tanto, se debe a una deficiente planeación por parte de Concesión Vial de los Llanos.

6.3.2 Obligaciones de financiamiento del proyecto en el Contrato de Concesión No. 004 de 2015

Estas consideraciones toman su relevancia del hecho probado de que el esquema de financiamiento a través del cual se impulsaría el proyecto y que incluye las obligaciones contractuales que el Tribunal analizará en esta sección, se estructuró como un financiamiento por proyecto o *Project Finance*. El testigo **Juan Esteban Osorio**, ingeniero de la Banca de Inversión Bancolombia, contratada para el acompañamiento en la estructuración de la financiación del proyecto Concesión Vial de los Llanos S.A.S, afirmó lo siguiente respecto a la particularidad del esquema financiero implementado:

“DRA. MIER: Dígame una cosa doctor, por qué el banco presta tanta atención a eso si a la hora del té está garantizado por el concesionario, ¿cuáles son las garantías del banco en este tipo de proyectos?”

SR. OSORIO: Las garantías del banco en este tipo de proyectos son varias; la principal, la garantía reina del banco en este tipo de proyectos son las acciones

²⁰² Flight, A. (2005). *Introduction to Project Finance*. Butterworth-Heinmen: Chicago, pg.8.

que tiene sobre la concesión porque ese tipo de proyectos se financian con un estilo de financiación que es Project Finance, eso implica que hay una cobertura de los riesgos del proyecto y esa cobertura de los riesgos del proyecto hace que no haya garantía de los sponsors (...)

Igualmente, refiriéndose a la estructura de capital decidida por el originador en la propuesta de factibilidad y eventual contratación, el Testigo **Gustavo Andrés Ordoñez Salazar**, Vicepresidente de Concesiones Viales Odinsa (empresa accionista del proyecto), afirmó lo siguiente:

“DR. QUIÑONES: Pero volviendo a la pregunta, ¿qué es el equity entonces?

SR. ORDOÑÉZ: Qué es el equity, para un contrato de concesión existen dos fuentes unos recursos de deuda y unos recursos que el concesionario consigue en función de las capacidades de esas sociedades para aportar [a] un proyecto, pero tienen que tener una fuente de retorno y son los ingresos del proyecto, el recaudo que recoge el proyecto, como la fuente de esos ingresos y ese recaudo no existe pues no nos prestan ni para la deuda, ni para el equity.

(...)

DR. QUIÑONES: Lo que me refiero es, si esa fórmula de financiación para obtener el cierre financiero se tienen otro tipo de fuentes diferentes a la de buscar préstamo bancario, ¿existen?

*SR. ORDOÑÉZ: Sí, sí, realmente, usted tiene varias fuentes para poderse aportar en los contratos de cuarta generación, una es el equity, el capital propio es el equity o la deuda, si uno no tiene plata precisamente de los bancos para apalancar un proyecto uno pudiese hacerlo 100% con equity, no está definido eso, **pero en la estructuración nosotros tratamos de hacer los 66-34 para que sea una estructura óptima propia de los proyectos de APP, propios de los proyectos de APP.*** (subraya y negrilla por fuera del texto).

Esta singular estructura financiera no consta únicamente en la prueba testimonial del expediente sino, igualmente, en la prueba pericial. En específico, el Peritaje de Valora se refirió a este punto cuando absolvió la consulta contenida en las Preguntas Nos. 6 y 8 así:

“Respuesta a pregunta No. 6

*La estructura de capital se refiere a la composición de los recursos financieros utilizados para financiar la operación. **Esta estructura resulta de la combinación de recursos propios y recursos ajenos o endeudamiento que permiten financiar la inversión** (...) En general, la teoría financiera, basada en la proporcionalidad de riesgos y retornos, considera que la financiación con deuda tiene un costo menor a la de recursos propios teniendo en cuenta que su pago precede en la disposición de los flujos de caja en contraste con los*

*recursos de los accionistas que tienen derechos residuales y consecuentemente mayor riesgo (...)*²⁰³ (subrayado y resaltado fuera de texto).

Luego, en respuesta a la **Pregunta No. 8**, relacionada con la estructura de capital que tenía el proyecto, el perito respondió:

*“Basados en el contenido del Modelo Financiero, el Perito pudo constatar que el esquema previsto para la financiación del proyecto **en su etapa inicial (2015-2020) correspondía a un sesenta y seis (66%) de recursos de deuda de préstamos bancarios y un treinta y cuatro (34%) de recursos de Equity.***

*A partir de su verificación, el Perito identificó que la estructura de deuda —equity resulta de las fuentes y usos requeridos por la Concesión durante el desarrollo de la etapa de construcción”*²⁰⁴. (Negrilla por fuera del texto).

A la luz de las anteriores consideraciones, el Tribunal concluye que la estructura financiera del proyecto estaba dividida en aportes con recursos propios y recursos provenientes de deuda. La proporción específica del modelo financiero inicial que dio origen al proyecto se encuentra descrita en Peritaje de Valora²⁰⁵, tal como se citó, establecida en un monto de sesenta y seis por ciento (66%) de recursos de deuda y un treinta y cuatro por ciento (34%) de recursos de capital, porcentajes que se explican al tener los aportes de capital propio un costo mayor que los conseguidos con los recursos de deuda, según la teoría financiera.

Es por estas razones que la pretensión sexagésima segunda de la Demanda Principal Reformada, relacionada con la declaración de que la estructura del proyecto tenía un esquema de financiación con un sesenta y cuatro por ciento (64%) de recursos de deuda y un treinta y seis por ciento (36%) de recursos de Equity, no está llamada a prosperar. Esto se debe a que tanto el testigo **Gustavo Ordoñez**, Vicepresidente de la compañía estructuradora Odinsa, como el peritaje de Valora coinciden en afirmar que estos porcentajes fueron ligeramente diferentes, esto es, sesenta y seis por ciento (66%) de recursos de Deuda —no sesenta y cuatro por ciento (64%) como lo indica la pretensión— y treinta y cuatro por ciento (34%) recursos de Equity—y no, como lo señala la pretensión sexagésima segunda en un treinta y seis por ciento (36%)—.

Sí está llamada a prosperar, en cambio, y según lo dicho por el Tribunal, la pretensión sexagésima tercera de la Demanda Principal Reformada relacionada con la solicitud hecha al Tribunal para que se declare que la estructura de financiación (esquema financiero) prevista por el Concesionario es propia de proyectos de infraestructura bajo la modalidad de proyectos autofinanciables o Project Finance.

²⁰³ Cfr.: Dictamen del perito Valora Consultoría S.A.S., pg. 43 y ss. Cuaderno de Pruebas número 6, folios 297 y siguientes.

²⁰⁴ Cfr.: Dictamen del perito Valora Consultoría S.A.S., pg. 58 y ss. Cuaderno de Pruebas número 6, folios 312 y siguientes.

²⁰⁵ *Ibíd.*

En este entendido, resalta el Tribunal que esta estructura de financiación tenía su regulación contractual en el Capítulo III, “Aspectos Económicos del Contrato” en el numeral 3.8. “Obligación de Financiación” del Contrato de Concesión 004 de 2015, Parte General, que establece:

“(a) **El Concesionario tendrá la obligación de gestionar y obtener la financiación en firme y los Recursos de Patrimonio necesarios para ejecutar la totalidad de las obligaciones que tiene a su cargo en virtud del presente Contrato** incluyendo aquellas que, a pesar de no estar estipuladas, sean necesarias para obtener los resultados previstos en este Contrato, sus Apéndices y Anexos. El Concesionario determinará a su entera discreción el nivel de endeudamiento, lo que no podrá implicar la disminución de sus aportes de capital, sin perjuicio de los montos mínimos de Giros de Equity y Cierre Financiero, descritos a continuación.

(b) **El Concesionario deberá financiar la ejecución del Proyecto con Recursos de Patrimonio y Recursos de Deuda.** Los Recursos de Deuda serán tomados por el Concesionario con los Prestamistas y podrán tener como garantía el Contrato, la Retribución o cualquier otro derecho económico a favor del Concesionario que se derive del presente Contrato, sin perjuicio de las demás garantías que le sean solicitadas al Concesionario por parte de los Prestamistas, las cuales correrán por cuenta y riesgo del Concesionario.”²⁰⁶
(subraya y negrilla por fuera del texto)

Dado este marco general de la estructura de financiación y del esquema contractual que la soporta, el Tribunal pasa a hacer unas aclaraciones conceptuales respecto a la naturaleza y contenido de estas dos obligaciones, esto es, la financiación del proyecto con Recursos de Deuda y la obligación de aportes de capital mínimos o “Giros Equity”, tal como lo establece la cláusula citada. Esto con el fin de definir el alcance y las responsabilidades de las partes en torno a las principales obligaciones de financiamiento, su forma de ejecución y el respectivo cumplimiento e incumplimiento alegado de las mismas.

6.3.2.1 Obligación de Aportes de Equity

Tal como se explicó en las secciones anteriores, la estructura de los proyectos autofinanciables o “Project Finance” implica que una porción de la financiación será aportada como parte del capital para desarrollar el proyecto y, además, busca dotar de seguridad a los terceros financiadores del compromiso de los originadores con el éxito del mismo. En efecto, en el Contrato de Concesión No. 004 de 2015 quedó consignada la obligación de la Concesión Vial de los Llanos S.A.S. de aportar un mínimo de capital independientemente de las otras condiciones del negocio. Esta obligación se estructuró como una obligación de pago a cargo de la Concesionaria de unos montos mínimos y en unos plazos específicos. Antes de indagar la naturaleza de la obligación, el Tribunal considera que es pertinente, en primer lugar, acudir a su definición contractual:

²⁰⁶ Contrato de Concesión 004 de 2015. Parte General. pg. 76, Cuaderno de Pruebas número 1, folio 72 y ss.

“1.77. Giro de Equity

“Es el valor mínimo correspondiente a los giros que deba hacer el Concesionario al Patrimonio Autónomo (Cuenta Proyecto) en los términos y condiciones previstos en este Contrato, en especial en la Sección 3.10 de esta Parte General. El Giro de Equity podrá ser deuda subordinada de socios al proyecto, sin embargo, en ningún caso esta deuda podrá estar al mismo nivel de la deuda de los Prestamistas y por tanto el pago de la deuda subordinada de socios estará subordinado al pago de la deuda del proyecto, excepto si media acuerdo escrito en contrario de los Prestamistas”²⁰⁷ (negrilla fuera del texto)

De la lectura de la definición contractual se establece que la obligación de “*Giros Equity*” se encuentra en cabeza del concesionario Concesión Vial de los Llanos S.A.S, quien debía hacer los aportes, en los valores definidos contractualmente, al Patrimonio Autónomo constituido para el proyecto. Igualmente, y de acuerdo con el ordinal (d) de la cláusula 3.10 “*Giros Equity*”, Parte General del Contrato de Concesión No. 004 de 2015, era la Fiduciaria la encargada de certificarle a la Interventoría y a la ANI que los recursos habían sido efectivamente recibidos en el Patrimonio Autónomo.

De esta manera, esta obligación debía cumplirse escalonadamente en el tiempo de ejecución contractual y fue en la Parte Especial del Contrato de Concesión No. 004 de 2015 en donde las partes regularon los plazos específicos para los giros de los recursos de capital (equity), todos hechos al Patrimonio Autónomo del proyecto. En el numeral 4.4. “*Giros Equity*”, se dividió el monto total del capital en diferentes aportes numerados y escalonados en el tiempo, de la siguiente manera:

“4.4. Giros de Equity

El Concesionario deberá girar como mínimo a la Cuenta Proyecto los siguientes valores expresados en Pesos del Mes de Referencia dentro de los plazos que a continuación se establecen²⁰⁸:

<i>Giro</i>	<i>Monto Mínimo</i>	<i>Fecha Máxima del Aporte</i>
<i>Giro 1</i>	<i>108.264.108.422</i>	<i>A la Constitución del Patrimonio Autónomo</i>
<i>Giro2</i>	<i>53.404.449.741</i>	<i>360 Días desde la Fecha de Inicio</i>
<i>Giro 3</i>	<i>195.608.380.260</i>	<i>720 Días desde la Fecha de Inicio</i>
<i>Giro 4</i>	<i>91.753.501.662</i>	<i>1080 Días desde la Fecha de Inicio</i>
<i>Giro 5</i>	<i>86.749.603.931</i>	<i>1440 Días desde la Fecha de Inicio</i>
<i>Giro 6</i>	<i>25.212.444.890</i>	<i>1800 Días desde la Fecha de Inicio</i>
<i>Total</i>	<i>560.992.488.907”</i>	

²⁰⁷ Contrato de Concesión 004 de 2015. 5012, Parte General, Cuaderno de Pruebas número 1, folio 47.

²⁰⁸ Contrato de Concesión No. 004 de 2015, Parte Especial. Cuaderno de Pruebas número 1, folios 160 y ss.

Dada esta estructura contractual, es claro que de la lectura de estas cláusulas se desprende que la naturaleza de la obligación a cargo de Concesión Vial de los Llanos S.A.S. respecto a los Giro Equity es una obligación de dar en los términos de la clasificación de las obligaciones de acuerdo con la naturaleza de la prestación. El legislador define este tipo de obligaciones en los siguientes términos:

“Art. 1605. La obligación de dar contiene la de entregar la cosa, y si esta es de una especie o cuerpo cierto, contiene, además, la de conservarla hasta la entrega (...).”

El rasgo característico de las obligaciones de dar es la transferencia del dominio de una cosa, de especie o de género, a favor del acreedor. Es una prestación del deudor que comprende y debe implicar, para denominarla como “*dar*”, la de llevar a cabo alguno de los modos de la transferencia de la propiedad de la cosa debida. Es por esto que el artículo 1605 del Código Civil establece que este tipo de obligaciones incluyen la obligación de “*entregar*” la cosa, vocablo que no debe dar lugar a confusiones. Por un lado, se encuentra, en toda obligación de dar, el vínculo personal que debe llevar al deudor a la transferencia, entiéndase que implica la disposición jurídica y el traslado de la titularidad de la cosa; mientras que la “*entrega*” hace referencia a una actividad material del deudor respecto a la tenencia de la cosa mas no el desprendimiento de la titularidad jurídica de la misma. La doctrina ha especificado esta noción afirmando que es obligación de dar aquella que “*corresponde a la categoría romana de dare rem y, por lo mismo, consiste, técnicamente, en el deber de transferir el dominio total o parcial de una cosa o de constituir un derecho real sobre ella*”²⁰⁹.

A la luz de estas consideraciones, el hecho de que la obligación de “*Giro de Equity*” tenga como objeto la transferencia de unos montos de dinero para que queden en cabeza del Patrimonio Autónomo constituido para el efecto, y, como tal, implique un cambio de titularidad sobre la cosa debida, hace que estas obligaciones puedan ser clasificadas como de dar. Además, este particular objeto —dinero— permite que el Tribunal ahonde en la caracterización jurídica de los denominados aportes de Giros de Equity, pues además de ser de aquellas de dar, es claro por su objeto que se trata de obligación dineraria o de pago de suma de dinero. Esto significa que la transferencia que debe llevar a cabo el deudor recae sobre una cosa dineraria, de género y fungible, lo que a voces del artículo 1605 del C.C. hace que no pese sobre el deudor la obligación de conservar la cosa debida por no ser de especie o cuerpo cierto pero que, a su vez, hace que la imposibilidad de ejecución no se predique de ella por pérdida de la cosa debida.

El objeto dinero de la obligación de transferir el monto de los Giros de Equity al Patrimonio Autónomo refuerza la precitada clasificación del Tribunal del vínculo obligacional del concesionario referido a los Giros de Equity como de “*dar*”, en la medida que, como ha explicado la Corte, cuando se trata de cosas fungibles que se transfieren a otro sujeto, y en particular a un patrimonio autónomo, su entrega siempre implicará transferencia de dominio:

²⁰⁹ Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las obligaciones*. Concepto, Estructura y Vicisitudes. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2002, pg. 119.

*“A dicho respecto, en afán de claridad, precisa ahora la Corte, el fiduciario “no recibe —ni se le transfiere— un derecho real integral o a plenitud” para sí mismo, esto es, no adquiere el dominio para incorporarlo a su propio patrimonio **sino para conformar un patrimonio autónomo y aplicarlo a la finalidad fiduciaria, pero para estos menesteres, la transferencia real es plena, integral y con todos sus caracteres. Dicho en otras palabras, el derecho real de dominio se transfiere a plenitud para integrar un patrimonio autónomo y aplicarlo a los fines fiduciarios**”*

(...)

Caracteriza al género su determinación por su número, clase, peso, cuenta o medida “con relación a la categoría a la cual pertenece un determinado objeto” (Longo, Dir. rom., Dir. delle obbl. I, cit., pág. 23) es decir, su naturaleza fungible, sustituible e intercambiable y, por lo tanto, su homogeneidad, debiéndose “indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado” (art. 1565 C.C, Sala de Negocios Generales, sent. 6/feb/36, XLIII, 277) (...)

*“Las cosas, podrán ser fungibles (fungere), esto es, que se destruyen con el uso propio de su naturaleza o sustituibles o simplemente de género (genus). A las primeras, pertenecen aquellas que no puede hacerse el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan. **Las especies monetarias en cuanto perecen para el que las emplea como tales, son cosas fungibles”, preceptúa el artículo 663 del Código Civil. A ellas, es consustancial su extinción por el primer uso que de ellos se haga; así la mera consumición material o física (usus) precisa erga omnes el egreso del patrimonio y la destrucción de la cosa (verbi gratia, bebida, alimentos, productos perecederos).** (...)*

*“A pesar de la “fungibilidad absoluta” del dinero” (...) y en general, de las especies monetarias, estricto sensu, su consumición no es material sino jurídica, su desaparición es relativa sólo a quien la “emplea como tales” **y su entrega a cualquier título para el uso que le es propio” (C.C. inc 2°, artl.663) es acto dispositivo que implica tradición** a punto que su “pérdida” no extingue la obligación (gener non perit, genera non perunt) y el acreedor no puede oponerse a su ejecución o destrucción mientras subsistan otras (C.C., art. 1567).” ²¹⁰ (Subraya y negrilla por fuera del texto).*

Resalta el Tribunal lo ya dicho y reiterado por la Corte en la sentencia citada, pues el objeto particular de la obligación de Giros Equity en suma de dinero implica que el acreedor no podrá exonerarse por imposibilidad de ejecución mientras subsistan otras especies dinerarias como las comprometidas. En palabras de la doctrina, la imposibilidad de

²¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 30 de julio de 2008, Rad. N° 1999-01458. MP: William Namén Vargas. Revista de Jurisprudencia y Doctrina No. 441 de septiembre de 2008, pg. 1467 y siguientes.

ejecución es relativa y no absoluta, en la medida en que el deudor siempre podrá acudir a otras sumas de dinero para honrar la obligación²¹¹.

Igualmente, en el entendido de que la entrega de toda cosa dineraria implica, por sí misma, y por la naturaleza y fungibilidad de este bien, la transferencia de dominio, concluye la Corte:

“cuando de dinero se trata, envuolv[e] la transferencia de su propiedad por la naturaleza y características de este bien, cuya entrega, se itera, para quien la hace, involucra de suyo la tradición”²¹² (subraya por fuera del texto).

A la luz de estas consideraciones, no puede el Tribunal sino concluir, en tanto que está presente el elemento de transferencia de dominio en la entrega del dinero a un Patrimonio Autónomo, objeto que corresponde a los denominados Giros de Equity, que estos, dentro de la clasificación de las obligaciones, se ubican en las de “*dar*”. Es por esta razón que, tal como se mostró en la sección anterior, durante la etapa de factibilidad se le pidió al Originador la acreditación de la capacidad financiera que permitiera asumir este compromiso de pago de sumas de dinero en diferentes fechas claramente indicadas en el Contrato.

En esta parte retoma el Tribunal la explicación respecto a las provisiones *hell or high water* habitualmente presentes en los contratos que se instrumentan por la vía del *Project Finance*, que permiten resaltar lo que ya se evidencia con la clasificación de las obligaciones de Giros Equity como obligaciones de “*dar*” sumas de dinero: independientemente de las circunstancias y de la gestión financiera, Concesión Vial de los Llanos S.A.S. se encontraba obligada a pagar, por lo menos, los montos establecidos en el detalle de los Giros Equity de la Parte Especial. En tanto que se trataba de un compromiso en firme e incondicional, los Giros de Equity no podían pender de la consecución de recursos de terceros y de ahí la acreditación que el originador tuvo que hacer de su capacidad financiera suficiente para llevarlos a cabo.

Retomando lo dicho hasta ahora, la estructura financiera determinaba que el Concesionario, por sí o por intermedio de sus accionistas, debía aportar unos montos mínimos de capital al Patrimonio Autónomo sin que esta obligación estuviera condicionada a una gestión adicional de consecución de recursos, como sí lo estaba la búsqueda de recursos de Deuda. Dicho aporte mínimo de recursos al proyecto por parte de los accionistas u originadores, permitía dotar de seguridad y mayor confianza a los terceros inversionistas, que los atrajera al proyecto Concesión Vial de los Llanos.

6.3.2.2 Obligación de obtención de recursos de Deuda y “Cierre Financiero”

²¹¹ En tal sentido Guillermo Ospina Fernández. Régimen General de las Obligaciones. Ed Temis. Bogotá, 1976, página 612. En sentido semejante, Marcela Castro de Cifuentes. De la Imposibilidad de Ejecución. En Derecho de las Obligaciones. Ed. Universidad de los Andes. Editorial Temis, 2010 Tomo II, Volumen II, pg. 496. José Armando Bonivento Jiménez. Obligaciones, Ed. Legis, pg. 30.

²¹² Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 30 de julio de 2008 Rad. N° 1999-01458. M.P.: William Namén Vargas. Revista de Jurisprudencia y Doctrina No. 441 de septiembre de 2008, pg. 1467 y siguientes.

La segunda obligación que también se alega incumplida, relacionada con la financiación del Proyecto, es la de acreditar el Cierre Financiero. De acuerdo con la naturaleza financiera del Contrato de Concesión No. 004 de 2015 y las pruebas citadas, la estructura de financiamiento se dividió en recursos de capital aportados por la sociedad Concesión Vial de los Llanos S.A.S., ya explicados, y la consecución de recursos de Deuda o gestión financiera para aportar al proyecto los dineros de terceros inversionistas. No debe dejarse de lado que este componente (Deuda) de la Obligación de Financiación del Concesionario prevista en el numeral 3.8. (a) de la Parte General del Contrato, participa del contenido obligacional planteado como “*gestionar y obtener*” la financiación en firme. Sin embargo, la obligación de **obtención** del “*Cierre Financiero*” se encontraba ligada, a diferencia de los aportes de capital propio, a la disponibilidad de recursos que encontrara el Concesionario con los terceros acreedores.

En efecto, el Cierre Financiero se encuentra definido en el acápite “*Definiciones*” del Contrato de Concesión No. 004 de 2015, en el numeral 1.22 de la Parte General, como “*la consecución de un monto mínimo de Recursos de Deuda para el Proyecto, en los términos y condiciones señalados en el presente Contrato, especialmente en la Sección 3.9 de esta Parte General*”²¹³.

La Sección 3.9 del Contrato de Concesión 004 de 2015, a la que remite la definición, establece lo siguiente respecto a esta obligación, en lo relevante:

*“a) El (los) Cierre(s) Financiero(s) del Proyecto, según se defina en la Parte Especial y de acuerdo con los valores que allí se indican, **será(n) acreditado(s) mediante la presentación a la ANI de los siguientes documentos** (sin perjuicio de aquellos otros documentos y requisitos adicionales que se puedan solicitar en la Parte Especial), según corresponda a la modalidad de financiación escogida por el Concesionario, dentro del plazo establecido en la Parte Especial”*.²¹⁴ (negrilla y subraya por fuera del texto)

Tal como lo dejan entrever las dos citas contractuales referenciadas, el Cierre Financiero es la acreditación de un monto mínimo de deuda **conseguido** por la Concesionaria **a partir de la gestión** de financiamiento a su cargo, que permita completar la estructura de fondeo (capital y deuda) necesaria para iniciar la construcción. Ello permite comprender que el Concesionario podría cumplir con la celebración de contratos de diferente índole que harían viable la provisión al proyecto de recursos provenientes de una cualquiera o una combinación de las diversas fuentes disponibles (deuda bancaria, mercado de capitales, etc.), lo cual se acreditaría con la respectiva presentación de los diferentes documentos relativos al acceso y uso de las correspondientes fuentes de financiación, como lo son los recursos de deuda de fondos de capital privado, emisiones en el mercado de capitales o préstamos bancarios. La forma y los requisitos para cumplir con esta acreditación se encuentran descritas en la misma Sección 3.9 del Contrato de Concesión 004 de 2015, literal (e):

²¹³ Cfr. Contrato de Concesión No. 004 de 2015, Parte General. pg. 16, Cuaderno de Pruebas número 1, folios 42 y siguientes.

²¹⁴ Contrato de Concesión No. 004 de 2015. Parte General. Cuaderno de pruebas número 1, folios 72 y 73.

*“(e) Se entenderá que el Concesionario ha obtenido el Cierre Financiero cuando la ANI manifieste, expresamente y por escrito y dentro de un término de veinte (20) Días contados desde la presentación completa de la documentación a la que se refiere la Sección 3.9 (a) anterior su conformidad con los documentos aportados por el Concesionario para acreditar el Cierre Financiero. Si la ANI guarda silencio en este término, se entenderá no aprobado el Cierre Financiero. En este caso y en cualquiera otro de controversia sobre el cumplimiento o no de la obligación de obtener el Cierre Financiero, la diferencia será sometida al Amigable Componedor.”*²¹⁵

En este contexto, la obligación de Cierre Financiero, descrita a partir de los vocablos “acreditar”, “obtener”, “presentación completa”, “aportar” (documentos), puede describirse como una obligación de hacer, en cuanto el contenido prestacional son acciones que no implican transferencia alguna de dominio, a diferencia de la obligación de realizar los aportes de recursos de Equity. La obtención de los recursos de Deuda, consiste en hacer lo necesario para la celebración de los contratos que instrumenten el compromiso de entregar recursos al proyecto, por parte de los terceros Prestamistas; lo que confirma que para el Concesionario la obligación de Deuda contiene realmente prestaciones de hacer, es decir, de celebrar los contratos de financiamiento. De forma más específica, la obligación de obtención del Cierre Financiero tenía como objeto cumplir determinada actividad material con miras a la celebración de los contratos de financiamiento, lo cual -independientemente de la habilidad o experiencia predicable del Concesionario y del riesgo asumido por éste para la obtención del Cierre Financiero- no es ajeno al hecho de que la debida ejecución de esas prestaciones, también pendería de la voluntad de un tercero involucrado en el proyecto a través de la provisión de recursos de Deuda (el Prestamista del Proyecto).

No obstante, el deber de conducta del Concesionario comporta no solamente la gestión de los recursos de Deuda, sino la evaluación y estructuración de la iniciativa privada para promover la realización de un proyecto que sea viable, de manera que corresponde al originador estructurar un proyecto que resulte factible desde la primera revisión hecha por la entidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 15 de la Ley 1508 de 2012. Entonces, el comportamiento que se exige del Concesionario no está limitado a la gestión de los recursos de Deuda, sino comprende la previsión y planeación de un proyecto que tenga acceso a las fuentes de financiamiento, es decir, que pueda ser categorizado como “*bancable*” según el lenguaje común de los estructuradores financieros. Así es que la obligación de alcanzar el Cierre Financiero, está enmarcada en la voluntad contractual explícita de atribuir al contratista la **gestión**, pero también la efectiva **obtención**, en cuanto éste (el Concesionario) acude, con un proyecto que ha estructurado como “*viable*”, a las fuentes profesionales de financiamiento (Préstamos Bancarios, Emisiones en el mercado de capitales, Recursos de Deuda de Fondos de Capital Privado²¹⁶, etc.) y puede de ese modo, asegurar el acceso a Deuda, salvo por acaecimientos sobrevinientes no previsibles que afecten su financiabilidad.

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ Sección 3.9 (a) Contrato de Concesión 004 de 2015, Parte General folios Cuaderno de Pruebas número 1, folios 72 a 73, pág. 76 del Contrato.

Respecto de la clasificación de las obligaciones que distingue entre las de medio o de resultado, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que en el planteamiento clásico de la teoría *“en las obligaciones de medio el azar o el acaso es parte constitutiva de su contenido y el resultado no depende directa y necesariamente de la actuación diligente del deudor, mientras que, por el contrario, en las obligaciones de resultado, lo contingente está presente en una mínima proporción de manera que la conducta del obligado debe ser suficiente para obtener el logro esperado por el titular del derecho de crédito”*, y luego de analizar la evolución de esas figuras, señaló la Corte que para definir el tipo de obligación en el caso particular *“lo fundamental está en identificar el contenido y alcance del contrato celebrado en el caso concreto, así como los particulares deberes de prestación que de él hayan surgido”*²¹⁷. En ese contexto, el Tribunal observa que en el marco de una estructuración realizada por el originador privado, acorde con los procedimientos y exigencias de la ley (artículos 14 a 21 de la Ley 1508 de 2012) el “acaso” o “azar” no incluye las previsiones normales de “*bancabilidad*” del proyecto propuesto (viabilidad, dice la ley), entre las que la suficiencia y estabilidad del flujo de ingresos considerado debe obtenerse de un examen prospectivo cuidadoso y una medición de riesgo prudente que, acorde con los estándares de financiamiento profesional aplicables al *Project Finance*, permitan avocar la obligación de **gestionar** y **obtener** la financiación en firme, sin exponerse a otras contingencias que las imprevisibles y sobrevinientes. Entonces, la obligación a la que se refiere en este acápite está contractualmente vinculada **al resultado** de acceder al Cierre Financiero y la diligencia del Concesionario **no se limita a la mera gestión**, sino que proviene de mucho antes, es decir, de la misma planeación y concepción o estructuración del proyecto y se extiende más allá de la gestión misma, hasta la **obtención** de los contratos y actos que garantizan la provisión de recursos de Deuda por parte de los Prestamistas. En estos términos, considera el Tribunal que la obligación de obtener el Cierre Financiero en el proyecto de iniciativa privada que se concretó en el Contrato 004 de 2015 corresponde a una obligación de resultado.

Las previsiones contractuales se refieren a la obligación del Concesionario de **“gestionar y obtener la financiación en firme y los recursos de patrimonio necesarios para ejecutar la totalidad de las obligaciones que tiene a su cargo”**²¹⁸ (negrilla fuera de texto), y no puede perderse de vista que la provisión de recursos del proyecto está vinculada a dos tipos de fuentes como se ha venido explicando (Equity y Deuda), lo que implica que cada una de éstas debe satisfacerse con las particularidades que son propias de su naturaleza. Ya el Tribunal se ha referido a la connotación de “*obligación de dar*” sumas de dinero que caracteriza a los compromisos de Equity adquiridos por el Concesionario. Ahora, tratándose del Cierre Financiero, las partes incluyeron previsiones contractuales para afirmar sin ambages que la obligación relativa a Deuda comporta la gestión y la obtención del financiamiento como lo indica el literal a) del numeral 3.8 de la Parte General. Entonces, aunque los Prestamistas concurren con actos de voluntad a la provisión de los recursos de Deuda, lo que incluye el “acaso” o contingencia de que a pesar del profesionalismo y buena gestión del Concesionario en materia de financiamiento, ocurra la posibilidad de no tener

²¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de noviembre de 2013.

²¹⁸ Numeral 3.8 (a) Contrato de Concesión No. 004 de 2015, Parte General. Cuaderno de Pruebas número 1, folios 72 a 73, pg. 76 del Contrato.

acceso a los recursos, no puede perderse de vista que el Concesionario se enfrenta a los aludidos Prestamistas con un proyecto que el mismo Concesionario estructuró como viable (incluidas las condiciones de financiamiento del mismo), y además, que los Prestamistas son las diversas fuentes profesionales de financiamiento consagradas en el Contrato, cuya decisión de provisión de recursos se enmarca en criterios objetivos que deben concordar con la habilidad de estructuración financiera del originador (hoy Concesionario), al punto de quedar el acaso o contingencia de no obtener el resultado, reducidos. Si la imposibilidad de acceso al Cierre Financiero resulta entonces atribuida a aspectos como la insuficiencia de los flujos de ingresos del proyecto, y ésta es una circunstancia que pudo ser prevista por el originador -según se verá en el acápite correspondiente- no puede resultar no imputable al Concesionario la no obtención del Cierre Financiero y no puede excusarse éste con la mera diligencia en la gestión.

El Cierre Financiero, tal como se pactó en el Contrato de Concesión No. 004 de 2015, se demostraba con la suscripción de unos documentos, según la fuente de financiación, que permitieran acreditar que la gestión financiera del Concesionario se había cumplido a cabalidad y, por lo tanto, se había logrado la consecución de los Recursos de Deuda adicionales a los Giros de Equity ya explicados. El plazo inicial para acreditar lo anterior, que luego fue ampliado por los Otrosíes 3 y 6, constaba en la Parte Especial del Contrato de Concesión 004 de 2015:

*“3.9 (a) El plazo para que el Concesionario **presente** la totalidad de la documentación para acreditar el Cierre Financiero es de Trescientos Sesenta y Cinco (365) días contados desde la fecha de Inicio”²¹⁹. (negrilla por fuera del texto)*

Agrega la Sección 3.9, en el literal (f), que *“la obtención del Cierre Financiero será, por cuenta y riesgo del Concesionario, en nada limita, excluye o excusa su obligación de procurar la totalidad de recursos necesarios para llevar a cabo todas las obligaciones del Contrato en los plazos y condiciones establecidos por el mismo, incluso si los recursos de Deuda que requiera el proyecto deben ser mayores a los comprometidos a través del Cierre Financiero”²²⁰*. De esta previsión se infiere que el compromiso del Concesionario en materia de recursos de Deuda, no se agotaba en el monto mínimo señalado para el Cierre Financiero en la Parte Especial, de manera que, si fuere necesario para la ejecución del proyecto obtener mayor fondeo, habría sido responsabilidad del Contratista salir a **gestionar y obtener** los recursos de Deuda correspondientes. De otra parte, de acuerdo con la previsión incluida en el literal h) de la misma Sección 3.9, la posibilidad de que *“el Prestamista incumpliese o se retirase del proyecto por cualquier causa, justificada o no”* imponía al Concesionario la obligación de *“asegurar la consecución de los recursos adicionales que requiera para terminar el Proyecto”*, lo cual compromete al contratista (Concesionario) con el resultado, con la obtención de los recursos de Deuda que sean necesarios, por lo que se confirma el carácter de *“resultado”* que las partes dieron a esta obligación como ya se ha explicado.

²¹⁹ Contrato de Concesión No. 004 de 2015. Parte Especial. Cuaderno de Pruebas número 1, folios 147 y 148.

²²⁰ Contrato de Concesión No. 004 de 2015, Parte General. pg. 78. Cuaderno de Pruebas número 1, folios 73 y 74.

Finalmente, y en relación con la consecución del monto mínimo de recursos de deuda, la Parte Especial del contrato se dispuso que *“El monto mínimo del Cierre Financiero es de SEISCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL MILLONES DE PESOS (696.000.000) del mes de referencia”*²²¹.

Resalta y reitera el Tribunal que, con el objeto de clarificar la clasificación de las obligaciones según la prestación, la doctrina ha explicado que son obligaciones de hacer todas aquellas *“que tienen por objeto un acto positivo del deudor, como la prestación de un servicio y las que tiene por objeto la entrega de una cosa, siempre y cuando tal entrega no implique mutación de la propiedad”*²²². Como también lo explica Hinestrosa, *“toda obligación positiva que no implique transferencia o constitución de derecho real será una obligación de hacer (...) [y serán estas aquellas en las que] el deber de prestación del deudor consiste en la ejecución de una actividad material o intelectual en favor del acreedor”*.²²³

A partir de estas aclaraciones conceptuales es claro que el despliegue de actividades de acreditación, firma de documentos, suscripción de contratos con terceros — todas prestaciones positivas— no conllevan a la transferencia de dominio sino un despliegue de conductas materiales. La acreditación de un monto mínimo de deuda para lograr el Cierre Financiero, a diferencia de los Giros de Equity, se enmarca dentro de las obligaciones de hacer. Esta obligación tiene como objeto específico el desplegar una actividad material de gestión, suscripción, acreditación y consecución de unos recursos mínimos de deuda de terceros inversores para completar la estructura de capital propuesta para el Proyecto, es decir culmina con la celebración de los contratos que instrumenten la relación entre el contratista y los prestamistas del proyecto quienes serán los que en realidad *“den”* los recursos de deuda requeridos, mientras que el contratista —obligado— ejecutará prestaciones de hacer la gestión y celebrar los contratos para obtener tal financiamiento con terceros. En esta medida, el Tribunal considera que la acreditación documental del Cierre Financiero, ligada a una gestión por parte del Concesionario que debía materializarse en la presentación de unos documentos determinados (contratos o documentos de financiamiento), debe catalogarse como obligación de resultado pues de acuerdo con el lenguaje contractual la Concesión Vial de los Llanos S.A.S. se obligó a la *“consecución de un monto mínimo”*²²⁴ de recursos de deuda, acreditado debidamente dentro del plazo de trescientos sesenta y cinco (365), luego ampliado, y sujeto a aprobación de la ANI. En pocas palabras, se obligó a un conjunto de actividades que tenían como fin llegar a un resultado específico, así previsto y pactado por las partes explícitamente en el Contrato, lo que hace que la obligación, valga la reiteración, sea de resultado.

Esto significa que el Concesionario no podrá exonerarse de las consecuencias del incumplimiento de esta obligación alegando el empleo de la *“debida diligencia”* y sólo podrá

²²¹ Contrato de Concesión No. 004 de 2015. Parte Especial. Cuaderno de Pruebas número 1, folios 147 y 148.

²²² Régimen General de las Obligaciones. Guillermo Ospina Fernández. Octava Edición: Editorial Temis S.A. 2016. pg. 25.

²²³ Hinestrosa, Fernando. Tratado de las obligaciones. Concepto, Estructura, Vicisitudes. Universidad Externado de Colombia, Bogotá: 2002. pg. 205.

²²⁴ Contrato de Concesión No. 004 de 2015. Cuaderno de Pruebas número 1, folio 42 y ss. Definición del cierre financiero, ya citada.

hacerlo si logra demostrar el acaecimiento de una causa extraña que le impidió llegar al resultado prometido a partir de la ejecución material de la conducta que comprende su prestación. Es por esto que no será procedente la declaratoria exigida en la pretensión trigésima séptima de la demanda reformada en la que solicita la Convocante la declaratoria del Tribunal respecto de su debida diligencia en relación con la financiación destinada a la ejecución del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, en tanto que, como se ha concluido en el acápite anterior, la afectación de los flujos del proyecto por la disminución en el tráfico que tiene origen en el comportamiento del petróleo (precio y producción) no era imprevisible.

El Tribunal analizará ahora el alcance que tuvieron las modificaciones convenidas durante la ejecución contractual en relación a las obligaciones financieras ya reseñadas e igualmente se adentrará en el análisis del caso base y el alegado incumplimiento de la ANI por parte de la concesionaria respecto a la redefinición de éste.

6.3.3 Modificaciones introducidas por los Otrosíes Nos. 3, 5, 6 y el Acta de Entendimiento

Para abordar el grupo de pretensiones que se refieren a los otrosíes arriba mencionados y al acta de entendimiento suscrita entre las partes, el Tribunal estima oportuno referirse inicialmente al contenido de cada uno de los documentos contractuales, esto, con el fin de determinar las modificaciones implementadas a través de ellos y su incidencia en los plazos contractualmente determinados.

En primer término, el Otrosí No. 3 al Contrato de Concesión No. 004 de 2015 fue suscrito por la Concesión Vial de los Llanos S.A.S. y la ANI el 2 de junio de 2016, con fundamento en la ocurrencia de problemas de carácter social relacionados con la socialización del esquema tarifario, la oposición de las comunidades a su implementación, e inconvenientes originados en las variaciones de factores macroeconómicos, que, según lo indicado en el Otrosí, afectaron la ejecución normal del proyecto generando un impacto negativo sobre el mismo.

En atención a las consideraciones expuestas, las partes acordaron en la cláusula primera del Otrosí, ampliar en 175 días el plazo para la presentación de la documentación necesaria para acreditar el cierre financiero, modificando el término a 540 días desde la fecha de inicio. Adicionalmente, por mutuo acuerdo aumentaron el plazo estimado para la etapa de pre-construcción a 540 días contados desde la fecha de inicio del contrato, es decir, el plazo inicial fue ampliado en 175 días; igualmente, la fecha del segundo giro de Equity y el fondeo de las cuentas de patrimonio se ampliaron por un término igual al estimado para la terminación de la fase de pre-construcción.

Ahora bien, en la cláusula segunda se estableció:

“CLÁUSULA SEGUNDA: Dentro de máximo los noventa (90) días siguientes a la firma del presente otrosí, deberá surtirse el proceso de socialización del esquema tarifario de la resolución 1130 de 2015 con sus fórmulas de indexación en las estaciones de peaje de Yucao y Casetabla, así como su definición e

implementación. De igual forma, dentro de este mismo plazo de noventa (90) días, las partes se obligan a que una vez se tenga el resultado de la socialización e implementación de las tarifas mencionadas en el presente documento, se revisarán los mecanismos regulados en el contrato y de ser necesario se definirán las nuevas condiciones del mismo, tales como el valor del contrato y el plazo de las diferentes etapas y fases del contrato de concesión.

PARÁGRAFO PRIMERO: En todo caso el Concesionario tendrá un plazo adicional para el cierre financiero de noventa (90) días contados a partir de la fecha en que se surta el proceso de socialización y cuando se defina un caso financiero base del proyecto, todo lo cual deberá quedar reflejado mediante Otrosí al contrato.

Parágrafo segundo. Definido el caso base del proyecto, se deberá revisar el modelo financiero para determinar y valorar si existe un efecto financiero generado por las nuevas condiciones del Contrato y por las modificaciones realizadas mediante el presente Otrosí. Los ajustes pertinentes se harán mediante Otrosí al contrato.”

Posteriormente, el cuatro (4) de noviembre de 2016 las partes suscribieron el Otrosí No. 5 al Contrato de Concesión, en el cual acordaron la suspensión por el término de 30 días de la obligación de consecución del cierre financiero, ante la inminencia del vencimiento del término pactado el Otrosí No. 3, plazo en el cual las partes evaluarían la viabilidad del Contrato. Como consecuencia, se acordó la suspensión del inicio de la Fase de Construcción, siendo la acreditación del cierre financiero una condición para su desarrollo. Conforme al parágrafo segundo de la cláusula primera, en virtud de la suspensión realizada, el plan de adquisición predial y el plan de obras del proyecto también fueron suspendidos por el mismo término. Así bien, en relación con el Otrosí No. 5 del 4 de noviembre de 2016, se evidencia que no hay controversia respecto a la fecha de celebración del Otrosí ni existe disputa por el contenido literal del mismo en los apartes que la pretensión cuadragésima novena señala. Es por esta razón que el Tribunal declarará como procedente la pretensión cuadragésima novena principal de la demanda reformada presentada por Concesión Vial de los Llanos.

Entonces, y en el orden de ideas que viene expresándose, señala el Tribunal que los acuerdos anteriores fueron motivados en la persistencia de condiciones macroeconómicas adversas que en concepto del Concesionario eran imprevisibles y se encontraban fuera de su control; adicionalmente, el Concesionario puso en conocimiento de la ANI la negativa de la banca frente a su solicitud de acompañamiento en el cierre financiero en calidad de prestamistas, esto, en razón al estado que presentaban para dicho momento los flujos de caja del proyecto.

El 21 de diciembre de 2016 las partes suscribieron el Otrosí No. 6 al Contrato de Concesión, documento en el que se reiteró el impacto negativo que había generado la variación en las condiciones macroeconómicas del sector sobre el Proyecto, condiciones que fueron puestas en conocimiento de la Agencia a través de la comunicación ANI No.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

20164091084972 del 28 de noviembre de 2016, y entre las cuales se encontraba la caída de los precios del petróleo y la consecuencial disminución del tráfico que según el Concesionario afectó la proyección inicial de ingresos. Frente a lo expuesto, la ANI manifestó que el riesgo financiero se encontraba asignado de forma absoluta al concesionario, por lo cual la obligación de cierre financiero continuaría vigente. Ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, las partes del contrato convocaron un Tribunal de Arbitraje para dirimir la controversia suscitada, no obstante, se señaló la viabilidad de suscribir el Otrosí de forma concomitante al desarrollo del trámite arbitral.

Conforme a lo anterior, las partes acordaron:

“Cláusula Primera. Suspende de mutuo acuerdo el cumplimiento de la obligación de acreditación de cierre financiero prevista en el Contrato de Concesión No. 004 de 2015.

Parágrafo Primero. El término de suspensión corresponderá al lapso entre la suscripción del presente Otrosí y el pronunciamiento ejecutoriado que emita el tribunal de arbitramento, el acuerdo conciliatorio ejecutoriado al que lleguen las partes con ocasión del trámite arbitral, o el término de un (1) año, lo primero que ocurra.

Parágrafo Segundo. Las partes acuerdan suspender la obligación de fondeos de la subcuenta predios por el mismo lapso y condiciones previstas en la presente Cláusula.

Cláusula segunda. En el evento en que transcurra el término de un (1) año, y no se hubiese llegado a acuerdo conciliatorio o preferido el correspondiente laudo arbitral, en ambos casos ejecutoriado; las partes, de común acuerdo suscribirán los documentos contractuales necesarios que determinen la continuidad del proyecto

Parágrafo Primero. Para la suscripción de los documentos contractuales que garanticen la continuidad del proyecto, las Partes contarán con un término máximo de tres (3) meses, contados a partir de la ocurrencia de cualquiera de las alternativas descritas en el Parágrafo Primero de la Cláusula Primera del presente documento, término dentro del cual deberá realizarse la revisión de todos los componentes del contrato. Únicamente en el evento que se presenten circunstancias que requieran ajustar el contrato, se procederá a realizarlo.

Parágrafo Segundo. Dentro del término señalado en la presente cláusula para revisión de los componentes del Contrato, deberán realizar las siguientes actividades:

Acreditar el Cierre Financiero

Una vez la ANI manifieste su conformidad con los documentos de acreditación del cierre financiero, se procederá a la suscripción inmediata del Acta de Inicio de la Fase de Preconstrucción (...)

Cláusula Tercera. Las partes acuerdan ampliar la fase de Preconstrucción con todas sus actividades de operación, mantenimiento, estudios y diseños, hasta tanto se obtenga el laudo o acuerdo conciliatorio resultado del trámite arbitral, en ambos casos ejecutoriado, o transcurrido un (1) año sin haberse proferido ninguna de las dos alternativas descritas (...).”

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

Adicionalmente, se pactó la ejecución de las intervenciones necesarias para la transitabilidad del corredor vial dentro del plazo de un año contado a partir de la suscripción del Otrosí, y la continuación en el cumplimiento de las obligaciones técnicas y financieras requeridas en la fase de Preconstrucción.

Enunciado lo anterior, se evidencia que no hay controversia respecto a la celebración del Otrosí número 6 al Contrato y al contenido literal del mismo en los apartes que las pretensiones Quincuagésima y Quincuagésima primera de la demanda reformada transcriben, por lo que el Tribunal accederá a ellas.

Finalmente, el 28 de julio de 2017 las partes celebraron el acuerdo que denominaron Acta de Entendimiento del Contrato de Concesión, en donde acordaron suspender el periodo de cura del tercer Giro de Equity, desde la firma del Otrosí hasta el día en que las partes suscribieran un Otrosí que materializara un acuerdo conciliatorio. Las partes previeron la posibilidad de no concurrir a un acuerdo de dicha naturaleza, por lo cual establecieron como fecha de inicio del plazo de cura el 22 de diciembre de 2017, de modo que el Giro de Equity fuera realizado con las indexaciones correspondientes, generadas al 29 de mayo del mismo año, fecha en la cual se cumplían los 720 días pactados contractualmente para la realización del aporte. Pone de presente el Tribunal que no hay controversia respecto a la suscripción del Acta de Entendimiento del 28 de julio de 2017 y al contenido literal de la misma en los apartes que la pretensión quincuagésima quinta de la demanda reformada transcribe, por lo que el Tribunal accederá a esa pretensión.

Ahora bien, una vez relacionadas las modificaciones implementadas por los Otrosíes y el Acta de Entendimiento del Contrato, el Tribunal se pronunciará respecto a su contenido y las pretensiones presentadas por la convocante, diferentes de las que ya se han señalado.

De acuerdo con lo establecido en el Numeral 2.5 de la Parte General del Contrato de Concesión, la fase de Preconstrucción debía iniciar el 9 de junio de 2015, y terminar el 3 de junio de 2016 teniendo presente que la duración estimada de la misma sería de 360 días. Con las modificaciones implementadas en el Otrosí No. 3 se amplió el termino de 360 días a 540, de modo que la nueva fecha de finalización y posterior inicio de la etapa de construcción tendría lugar el 30 de noviembre de 2016. No obstante, con las modificaciones que incluyó el Otrosí No. 6, este término fue ampliado en un año a partir de suscripción de dicho Otrosí, por lo que el término de finalización de la fase de Preconstrucción tendría lugar el 20 de diciembre de 2017.

De otro lado, el Contrato de Concesión estableció que el plazo inicial estimado para la obtención del Cierre Financiero sería de 360 días desde la suscripción del Acta de Inicio, siendo la fecha límite el 8 de junio de 2016, 5 días después de la fecha programada para el inicio de la etapa de construcción. Sin embargo, el Otrosí No. 3 adicionó el término inicialmente previsto, partiendo de 540 días posteriores a la firma del documento, y 90 días adicionales para llevar a cabo la gestión requerida para obtener el Cierre Financiero; como resultado de estas modificaciones, el termino contractual previsto fue extendido hasta el 28 de febrero de 2017. Este plazo fue suspendido por un término de 30 días a través del Otrosí No. 5, por lo que la fecha de obtención del Cierre se extendió hasta el 30 de marzo de 2017.

Finalmente, el Otrosí No. 6 al Contrato resolvió suspender la obligación de Cierre Financiero condicionada a la obtención de un acuerdo conciliatorio, un laudo arbitral que resolviera sobre el asunto en controversia o el transcurso de un año y tres meses desde la suscripción del Otrosí. Al no haberse alcanzado las dos primeras alternativas propuestas, el plazo para la consecución del Cierre Financiero se entendió finalizado el 20 de marzo de 2018, por lo cual se evidencia que, pese a que el término ya se encuentra vencido, las partes aún no han definido el Cierre Financiero del proyecto.

Por lo anterior, se accederá a la Pretensión Quincuagésima Segunda de la demanda reformada, en lo atinente a la vigencia y fuerza vinculante que representan para las partes los pactos contenidos en el Otrosí No. 6, en el entendido de que los términos en él acordados se encuentran vencidos. Como quiera que además del vencimiento de los términos de este Otrosí No. 6 este Tribunal también se refirió a la extinción del término del Otrosí No. 3, no prosperará la Pretensión Sexagésima Octava relacionada con el hecho de que la demandante no es acreedora de sanción contractual por la no obtención del cierre financiero, en tanto tal declaración es pretendida en el marco del cumplimiento de las previsiones relacionadas con los plazos consignados en el Otrosí No. 3 y en el Otrosí No. 6 al Contrato de Concesión.

6.3.3.1 Incumplimiento del Otrosí No. 3 al Contrato de Concesión No. 004 de 2015: definición del Caso Base y ampliación del plazo de Cierre Financiero

En cuanto a las pretensiones de la Convocante relacionadas con la vigencia de los acuerdos contenidos en el Otrosí No. 3 y a su incumplimiento por parte del concesionario, el Tribunal se referirá específicamente a las disposiciones que modificaron los plazos determinados para el Cierre Financiero, teniendo en cuenta que dicho elemento hace parte de las obligaciones de financiamiento adquiridas contractualmente por el Concesionario.

La primera modificación del plazo definido para el Cierre Financiero, durante la ejecución contractual, tuvo lugar en el Otrosí No. 3 al Contrato de Concesión 004 de 2015. Si bien este Otrosí, y su análisis, se relaciona con varias de las controversias que ha abordado el Tribunal, es importante detenerse en la modificación relacionada con los plazos y cambios en el cronograma de las obligaciones de financiación. Para efectos de la aproximación realizada en el presente apartado, se evaluará específicamente lo atinente al cambio en el término programando para la obtención del cierre financiero, que pasó de 365 días a 540 días contados desde la fecha de inicio, de conformidad con lo acordado en la cláusula primera del Otrosí.

Ahora bien, adicional a este plazo inicial de 540 días desde la fecha de inicio para acreditar el Cierre Financiero, con ocasión de los inconvenientes que para ese momento presentaba la ejecución del proyecto, tal como dan cuenta los Considerandos del mismo Otrosí, las partes decidieron otorgar un plazo de 90 días, adicional a los 540 definidos en la cláusula primera, de la siguiente manera:

“CLÁUSULA SEGUNDA: Dentro de máximo los noventa (90) días siguientes a la firma del presente otrosí, deberá surtirse el proceso de socialización del esquema tarifario de la resolución 1130 de 2015 con sus fórmulas de indexación

en las estaciones de peaje de Yucao y Casetabla, así como su definición e implementación. De igual forma, dentro de este mismo plazo de noventa (90) días, las partes se obligan a que una vez se tenga el resultado de la socialización e implementación de las tarifas mencionadas en el presente documento, se revisarán los mecanismos regulados en el contrato y de ser necesario se definirán las nuevas condiciones del mismo, tales como el valor del contrato y el plazo de las diferentes etapas y fases del contrato de concesión.

PARÁGRAFO PRIMERO: En todo caso el Concesionario tendrá un plazo adicional para el cierre financiero de noventa (90) días contados a partir de la fecha en que se surta el proceso de socialización y cuando se defina un caso financiero base del proyecto, todo lo cual deberá quedar reflejado mediante Otrosí al contrato.

PARÁGRAFO SEGUNDO. Definido el caso base del proyecto, se deberá revisar el modelo financiero para determinar y valorar si existe un efecto financiero generado por las nuevas condiciones del Contrato y por las modificaciones realizadas mediante el presente otrosí. Los ajustes pertinentes se harán mediante Otrosí.”

No puede dejar de advertir el Tribunal que la redacción de la cláusula citada podría dar lugar a dudas, por lo cual pasará a continuación a definir y aclarar el sentido de la misma. Sin embargo, no hay controversia respecto a la celebración del Otrosí número 3 al Contrato y al contenido literal de la Cláusula Segunda y sus parágrafos primero y segundo en los apartes que la Pretensión Cuadragésima Tercera de la demanda reformada los transcribe y solicita que se declare que el mismo se suscribió y que contiene los apartes transcritos, por lo que el Tribunal accederá a esa pretensión.

La Convocante señala que pese a haber terminado la etapa de socialización de las tarifas, las partes no han definido un nuevo caso base del proyecto, por lo cual no ha empezado el conteo del plazo adicional de 90 días para definir el Cierre Financiero. En efecto, sus pretensiones en este sentido se encuentran dirigidas a declarar la vigencia y vinculatoriedad del término referido en tanto no se dio cumplimiento a las condiciones que darían lugar al inicio del conteo respectivo. Sin embargo, el Tribunal, como pasará a exponer, no puede aceptar esta interpretación que se aleja de lo manifestado por las partes, de sus actuaciones posteriores a la suscripción del Otrosí, y del texto mismo del clausulado.

Tal como lo deja entrever la cláusula citada, se adicionaron 90 días al término de 540 días contados desde la fecha de inicio, de acuerdo con *dos plazos* determinados de la siguiente forma:

- (i) 90 días iniciales para llevar a cabo la socialización del esquema tarifario contractual, su definición e implementación o con los ajustes requeridos para los peajes de Yucao y Casetabla, y simultáneamente, una vez obtenido el resultado de las socializaciones y dentro del mismo plazo de 90 días, las partes revisarían los mecanismos regulados en el Contrato y **“de ser necesario se definirían las nuevas condiciones para su ejecución”**.

- (ii) 90 días adicionales, dentro de los cuales el Concesionario debería llevar a cabo la gestión financiera requerida para obtener el Cierre Financiero del Proyecto, y que deberían contarse una vez se realizara la socialización definida en el primer plazo y cuando fuera definido el caso base.

Frente a este punto, llama la atención del Tribunal que la Convocante argumenta que el Cierre Financiero podría entenderse sometido al cumplimiento de dos condiciones suspensivas: la socialización y la definición del caso base. No obstante, al remitirse a la consideración No. 29 del documento, se evidencia que las partes contemplaron los términos de socialización y de cierre financiero como dos términos consecutivos y determinados, que someterían el cumplimiento de la obligación a un plazo y no a una condición:

*“Una vez se tenga el caso base, con las tarifas que se cobrarán en las Estaciones de Peaje de Yucao y Casetabla, las partes revisarán el escenario financiero para que el concesionario realice los trámites para la obtención el cierre financiero, **para lo cual se le otorgará un tiempo adicional de noventa (90) días contados a partir de los noventa (90) días vencidos del tiempo otorgado para realizar las socializaciones o del tiempo en el que se tenga un caso financiero base, con tarifas concertadas, para el Proyecto.** No obstante en cualquier caso, el plazo de los noventa (90) días para la consecución del cierre financiero contará a partir del momento en que se realice la respectiva modificación contractual”.* (negrilla por fuera del texto).

Vale poner de presente y aclarar conceptualmente que las obligaciones sujetas a modalidad son aquellas que incorporan algún factor que altera la normal producción de los efectos que se deriven de ellas, factor que puede ser representado a través de la definición de un plazo o una condición. El artículo 1551 del Código Civil define el primero de ellos como “*la época que se fija para el cumplimiento de la obligación*”, haciendo referencia a un hecho futuro y cierto del que depende la exigibilidad o la extinción de un derecho u obligación; contrario a lo establecido en el Artículo 1530 sobre la obligación condicional que la define como aquella “*que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no*”.

La lectura integral del Otrosí, permite entrever que no se trata de una condición suspensiva que someta el cierre financiero a la realización de la socialización y la redefinición del caso base como acontecimientos futuros e inciertos; por el contrario, se trata de un plazo suspensivo de la obligación de cierre financiero que inicia una vez vencido el término inicial de noventa días para la socialización del esquema tarifario. En efecto, es dentro de un plazo de 90 días en el que se debe dar cumplimiento a las obligaciones de socialización, tal como lo deja entrever la Cláusula Segunda, en lo relevante:

*“**Dentro de máximo los noventa (90) días siguientes a la firma del presente otrosí, deberá surtir el proceso de socialización (...)** De igual forma, dentro de **este mismo plazo de noventa (90) días las partes se obligan a que una vez se tenga el resultado de las socializaciones e implementación de las tarifas mencionadas en el presente documento, se revisarán los mecanismos***

regulados en el contrato y de ser necesario se definirán las nuevas condiciones del mismo”.

Por lo anterior, no puede el Tribunal coincidir con la tesis del Concesionario, cuando del mismo lenguaje de la consideración y de la cláusula citadas desprende que se fijó un término cierto y determinado para llevar a cabo las labores de socialización y -de requerirse- la redefinición del caso base, término que una vez vencido, daría lugar al conteo de los noventa días adicionales para el Cierre Financiero.

Ahora bien, el segundo argumento que utiliza la Convocante es que nunca se definió un nuevo caso base y, por lo tanto, la ANI incumplió con su obligación de revisión del contrato. Alega, además, que tal circunstancia tuvo por consecuencia la imposibilidad de acudir a la Banca, y que el término adicional de 90 días para el Cierre Financiero no iniciara su conteo. Sin embargo, pone de presente el Tribunal que este argumento no es aplicable en el marco de la ejecución del proyecto, pues debe tenerse en cuenta que el Otrosí abrió la posibilidad de revisión y posterior modificación siempre que fuera necesario para hacer viable la ejecución del Contrato. Es decir, la definición de un nuevo caso base podría o no darse, en cuanto podría o no ser necesaria, o incluso no ser aplicable a las circunstancias que afectaron el desarrollo del proyecto y cuyo análisis se encausó a través de las conversaciones de socialización, pues, si bien las partes pueden siempre recomponer el alcance de un proyecto, reacomodar las prestaciones para reconocer y mitigar las afectaciones del equilibrio económico que puedan darse por ejemplo por circunstancias imprevistas, la previsión contractual del Otrosí 3 está relacionada con unas circunstancias específicas relativas a la “*implementación de las tarifas*” o peajes, es decir, esos plazos y fórmulas contractuales como la redefinición de un “*caso base*” constituían un canal de actuación o procedimiento específico previsto entre las partes para el asunto señalado, sin que ello excluyera los derechos contractuales que la ley otorga para afrontar circunstancias desequilibrantes del contrato. Entonces, el resultado de la revisión de esas particulares circunstancias podría ser o no la redefinición del caso base, y en esa última alternativa -no revisar el caso base-, por sustracción de materia se entendía que el plazo de 90 días (el segundo al que se hace referencia) no empezaría a contar.

Esta necesidad de revisión del proyecto se podría haber causado en caso de que no fuera posible implementar el esquema tarifario contractual correspondiente a la Resolución 1130 de 2015 pues, como consta en el Contrato de Concesión No. 004 de 2015, Sección 13.3. ordinal (e) de la Parte General, los efectos desfavorables de las variaciones en las tarifas previstas en la resolución de Peaje estaban asignados en cabeza de la ANI. No obstante, se resalta, de acuerdo con lo consignado en el estudio referente al esquema tarifario realizado por este Tribunal, que el esquema previsto contractualmente pudo implementarse -tal como consta en la Comunicación del 10 de agosto de 2016 remitida por la ANI al Concesionario²²⁵- una vez realizada la socialización del mismo, por lo que no existía la necesidad que alega la convocada para redefinir las condiciones del proyecto. Es claro entonces que manteniéndose lo acordado contractualmente, no se haría necesario realizar una revisión o modificación de las condiciones del contrato o la implementación de los mecanismos contractuales de compensación de riesgo.

²²⁵ Cuaderno de Pruebas número 1, folio 111.

Alega la Convocante que el alcance de la revisión del Caso Base, podía incluir también las condiciones macroeconómicas que afectaron el proyecto, sin embargo, del Otrosí se desprende que el objetivo de su suscripción y de los acuerdos respecto al cierre financiero, era subsanar las condiciones que impedían la implementación del esquema tarifario ajustado a los peajes de Yucao y Casetabla.

Por último, el Tribunal señala que, tal como lo preceptúa el artículo 1618 del Código Civil, que incorpora un principio de interpretación subjetiva de los contratos, aplicable por remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, debe prestarse especial atención a la conducta desplegada por las partes, especialmente por la convocante. Lo anterior, ya que no entiende el Tribunal cómo el Concesionario puede alegar que el plazo definido para la obtención del Cierre Financiero aún se encuentra vigente, cuando, previo a su vencimiento el 28 de febrero de 2017, las partes acordaron suspender dicho término en dos momentos:

- (i) El primero materializado en el Otrosí No. 5, por un término de 30 días, el cual finalizaría el 30 de marzo de 2017.
- (ii) El segundo, con un término de suspensión acordado en el Otrosí No. 6 del 21 de diciembre de 2016, correspondiente *“al lapso entre la suscripción del Otrosí y el pronunciamiento ejecutoriado que emita el tribunal de arbitramento, el acuerdo conciliatorio ejecutoriado al que lleguen las partes con ocasión del trámite arbitral o el término de un (1) año, lo que primero ocurra”*²²⁶. Teniendo en cuenta que no se logró ninguna de las dos alternativas acordadas, se alcanzó el término de un año acordado por las partes del Contrato, fecha que de acuerdo con lo convenido en la Cláusula segunda del Otrosí *“(…) las partes de común acuerdo suscribirán los documentos contractuales necesarios que determinen la continuidad del proyecto”*.

De lo anterior, evidencia el Tribunal que las partes continuaron interviniendo el plazo del Cierre Financiero, dando continuidad a las modificaciones del Otrosí No. 3, por medio de los Otrosíes No. 5 y 6 del Contrato, por lo que no es admisible que la Convocante pretenda mantener vigente el término pactado previamente en el Otrosí No. 3.

Por lo anterior, el Tribunal no accederá a las pretensiones cuadragésima cuarta, cuadragésima quinta ni cuadragésima octava y dará prosperidad a la cuadragésima sexta en cuanto constituye una transcripción del texto del otrosí número 3, dejando claro el Tribunal, que no es de recibo la interpretación que a dicho texto hace la convocante, por las razones que detalladamente se expusieron anteriormente. Por otra parte, prospera la pretensión Cuadragésima Séptima, en cuanto está probada la no definición de un caso base en aplicación del Otrosí 3, pero reitera el Tribunal que, como se explicó en este acápite, la definición de un caso base solo procedería cuando resultare necesario según las hipótesis contenidas en el Otrosí 3 (es decir, únicamente de la aplicación de variaciones al esquema tarifario).

²²⁶ Otrosí No. 6 al Contrato de Concesión, cláusula primera, párrafo primero.

Resalta el Tribunal que el vencimiento del plazo del Cierre Financiero, aunado a las consideraciones hechas por este Tribunal en relación con la naturaleza de esta obligación como de “*resultado*” y la previsibilidad de la reducción de los flujos, llevan al Tribunal a concluir que existe un incumplimiento por parte de la Concesión Vial de los Llanos S.A.S. de su compromiso contractual de **gestión** y **obtención** del Cierre Financiero. Por las razones ya expuestas y explicadas atrás, y recogidas sucintamente en este párrafo, es que el Tribunal declarará como procedente la pretensión novena de la Demanda de Reconvención Reformada de la ANI, en el entendido de que la Sociedad Concesión Vial de los Llanos S.A.S incumplió la obligación de Obtención de Cierre Financiero en los términos de la cláusula 3.9 de la Parte General del Contrato de Concesión bajo el Esquema APP, por las razones expuestas en las respectivas secciones de este Laudo. Respecto a la pretensión primera consecuencial a la novena principal, su procedencia se estudiará al final del análisis sobre las obligaciones de financiamiento, en conjunto con la primera consecuencial a la décima principal por estar ambas pretensiones de la demanda de reconvención relacionadas con la reclamación de perjuicios como consecuencia de los incumplimientos en las obligaciones de financiación.

Por último, la Convocante, en la Demanda Principal Reformada, pretende que el Tribunal declare que no podrá darse inicio a la Fase de Construcción sin que el Concesionario haya obtenido el Cierre Financiero del Proyecto. Como fue enunciado, de conformidad con las modificaciones implementadas por los Otrosíes al Contrato, el término de finalización de la fase de pre-construcción tuvo lugar el 20 de diciembre de 2017, es decir, se estableció un plazo para el inicio de la fase de pre-construcción; sin embargo, cabe resaltar que dicha fase se encuentra sometida al cumplimiento de algunos requisitos, que, al tenor del Numeral 4.4. de la Parte General del Contrato de Concesión incluyen lo siguiente:

“Son condiciones precedentes, es decir, requisitos sobre los cuales se deberá haber verificado su cumplimiento para el inicio de la Fase de Construcción del Contrato:

(d) Haber efectuado el(los) Cierre(s) Financiero(s), según corresponda en los términos de la Sección 3.9 de esta Parte General, y efectuado los Giros de Equity, previstos para ser desembolsados en la Fase de Preconstrucción.”

Como fue expuesto ampliamente por este Tribunal, el Concesionario incurrió en un incumplimiento de las obligaciones de financiamiento definidas por las partes en el Contrato, específicamente en relación con el Tercer Giro de Equity y el Cierre Financiero. Ante dicho incumplimiento, y sin traer a colación los demás requisitos exigibles para dar inicio a la Fase de Construcción, por no ocupar el análisis del Tribunal, se evidencia que no es posible acreditar el requisito exigido por el Numeral 4.4 del Contrato, y en consecuencia tampoco lo será dar inicio a la etapa de Construcción del Proyecto en tanto no sea obtenido el Cierre Financiero y los Giros Equity previstos para la fase de pre-construcción. En tal sentido, el Tribunal accederá a las pretensiones quincuagésima octava y quincuagésima novena de la Demanda Principal Reformada sujetándose al tenor literal de la disposición contractual citada.

6.3.3.2 Las modificaciones no suspendieron la obligación de tercer giro de Equity (El Acta de Entendimiento solo fue para el plazo de cura, pero no para el cumplimiento de la obligación)

El Tribunal resalta como corolario del presente acápite que las modificaciones implementadas por las partes mediante los Otrosíes No. 3, 5 y 6 no tuvieron una incidencia directa sobre la obligación de financiamiento relacionada con el pago de los Giros de Equity, ya que dichas modificaciones tenían como objeto principal regular lo atinente a la obligación relacionada con la obtención del Cierre Financiero, que como bien fue ampliamente expuesto, constituía una obligación financiera de hacer independiente del aporte de los recursos de capital, cuyo alcance y categorización jurídica es distinta como se ha explicado.

Dicha obligación, de acuerdo con el No. 1.22 de la Parte General del Contrato, se refiere a la consecución de un monto mínimo de Recursos de Deuda para el Proyecto, por lo cual, en razón a su objeto y a la regulación contenida en el contrato, se entiende como independiente de la obligación que tiene el concesionario de aportar los recursos de patrimonio; de modo que no es admisible que el incumplimiento o imposibilidad de ejecución de aquellas obligaciones -si fuere el caso- afecte o impida el cumplimiento de éstas (las de pago del Equity), como si se tratara de obligaciones sujetas a modalidad.

En este sentido, aunque el Otrosí No. 3 suscrito el 2 de junio de 2016 incorporó un ajuste en las fechas dispuestas para la realización del Giro No. 2, así como una ampliación de los plazos de fondeo para las subcuentas de predios, compensaciones ambientales y redes, ello solo deviene del hecho de que el fin principal del Otrosí es la realización de las socializaciones para así definir (si ello terminare siendo necesario después de la socialización) un caso financiero base y lograr alcanzar el cierre financiero. Por supuesto, la definición de un nuevo caso base por aplicación del Otrosí No. 3, o la eventual definición de un alcance diferente del proyecto por aplicación de las normas legales que ordenan adoptar las medidas que correspondan para restablecer el equilibrio del contrato cuando éste se rompa, o la modificación de dicho alcance por simple acuerdo de las partes que pudiera darse en algunas circunstancias, implicaría un ajuste del modelo financiero que acarrearía una variación de los montos -en términos absolutos- de los Giros de Equity para mantener la estructura de apalancamiento 66% - 44% (capital – deuda) pactada, salvo que las partes también decidieran modificar dicha relación. En ese sentido, pudiera ser posible que la reestructuración financiera dada por la aplicación de las medidas de remediación (mecanismos de compensación) o por cualquier acuerdo entre las partes, termine de contera modificando también los montos de Giro de Equity, pero mientras ello no suceda las obligaciones de esta naturaleza no están sujetas al cierre financiero o a la posibilidad de alcanzarlo, como quiera que corresponden, como se explicó, a verdaderas obligaciones de dar, no condicionales, sujetas a plazo, desprendidas de la disponibilidad o no que tenga el obligado a acceder al mercado financiero o a cualquier otra fuente para honrar ese tipo de compromisos.

Por medio del Otrosí No. 5, las partes acordaron la modificación de los plazos contractuales: al suspenderse el plazo de cierre financiero se suspendió la etapa de construcción, y, en consecuencia, se difirió el plan de adquisición predial y el plan de obras del proyecto. En principio no hubo una afectación directa sobre el cumplimiento de la obligación de Equity,

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

pues simplemente se aplazó el término de fondeo de una de las subcuentas con destinación de recursos de capital. En todo caso, se señala *“que, para efectos de evitar la afectación financiera del Proyecto con la ampliación del plazo para obtener el cierre financiero, el Concesionario deberá garantizar que se cubran los gastos señalados en la etapa preoperativa y se cumplan a cabalidad con las obligaciones establecidas en el contrato de concesión”*. En este entendido, la modificación de un plazo de fondeo a una subcuenta no trae consigo la suspensión del Giro de Equity; por el contrario, siendo una obligación contractual, el Otrosí insiste en su cumplimiento.

De otro lado, como fue señalado por este Tribunal, el Otrosí No. 6 al contrato estableció la suspensión de la obligación de acreditación del cierre financiero, la obligación de fondeo de la subcuenta predios en el mismo término y la ampliación de la etapa de preconstrucción. No obstante, se destaca el parágrafo 1 de la cláusula tercera del aludido Otrosí, en donde las partes acuerdan que el concesionario *“dará cumplimiento a las obligaciones técnicas, financieras jurídicas, definidas en el contrato para la fase de preconstrucción, especialmente los componentes más relevantes son: (...)“a) Giros Equity y fondeo de subcuentas se mantendrán vigentes sin modificación en el cronograma, salvo subcuenta predial.”*

Ahora bien, previo a abordar el análisis de la modificación realizada por medio del Acta de Entendimiento, el Tribunal se referirá a la definición del Plazo de Cura, figura cuya definición se encuentra contenida en el Numeral 1.126 de la Parte General del Contrato de Concesión:

*“es el periodo durante el cual el Concesionario podrá **subsanan’ los incumplimientos decretados por la ANI y/o el Interventor, durante el cual no se causarán Multas**, salvo que, después de su vencimiento, persistiere el incumplimiento del Concesionario, caso en el cual procederán las Multas de conformidad con lo previsto en la Sección 10.2 de esta Parte General”*. (negritas fuera del texto)

En concordancia con la cita precedente, el Numeral 10.2 literal (a) de la Parte General contempla que el plazo de cura que sea otorgado al Concesionario tendrá como objeto sanear el incumplimiento que sea detectado durante la ejecución del contrato, y así, suspender la facultad de aplicar las multas que se causaren en virtud de dicho incumplimiento. En efecto, señala el Tribunal que la naturaleza del Plazo de Cura puede ligarse a la facultad sancionatoria que conforme a lo establecido en los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011, tiene la administración como mecanismo para conminar al Contratista a un efectivo cumplimiento de sus obligaciones, pero no suspende o desvirtúa la configuración de un incumplimiento contractual. Tan es así, que de encontrarse vencido el término concedido sin que el Concesionario haya saneado el incumplimiento tendrá lugar la imposición de las multas que correspondan, de acuerdo con lo señalado en el Numeral 6.1 de la Parte Especial del Contrato.

Reitera entonces el Tribunal que, de conformidad con las disposiciones contractuales citadas, el Plazo de Cura es un término otorgado al Concesionario para sanear el incumplimiento de las obligaciones incorporadas en el Contrato, evitando así la imposición de las sanciones contenidas en el numeral 6.1 del mismo. Así, de la definición contractual

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

se desprende que el periodo de cura no implica en sí mismo una simple ampliación del término contractual acordado para el cumplimiento de una obligación; por el contrario, se trata de un periodo de gracia otorgado al Concesionario para sanear un incumplimiento que, pese a encontrarse causado y decretado, no dará lugar la imposición de las sanciones a que hubiere lugar hasta el vencimiento del plazo de Cura.

Una vez aclarado lo anterior, se puede entender a cabalidad el alcance de las modificaciones incorporadas por el Acta de Entendimiento, documento que tuvo efectos respecto a la suspensión del Plazo de Cura otorgado para el pago de tercer Giro de Equity, mas no, reitera el Tribunal, la configuración de un incumplimiento contractual por encontrarse vencido el plazo para hacer el Giro. El Plazo de Cura para el tercer giro de Equity se reguló de acuerdo con los siguientes términos:

*“PRIMERO- SUSPENDER EL PERÍODO DE CURA DEL TERCER GIRO EQUITY. Las partes acuerdan suspender **el periodo de cura** otorgado, mediante radicado No. 2017-306-020306-1 del 30 de junio de 2017, para que el CONCESIONARIO realice el tercer giro de Equity, saneando así su incumplimiento.*

La suspensión del plazo de cura se extenderá hasta el día que las partes suscriban un otrosí que materialice un Acuerdo Conciliatorio. No obstante, aunque no sea posible llegar a un acuerdo conciliatorio, el plazo de cura comenzará a contarse a partir del 22 de diciembre de 2017 (...).”

El vencimiento del Giro de Equity se encontraba proyectado contractualmente para el 29 de mayo de 2017. No obstante, de acuerdo con los considerandos del Acta de Entendimiento, mediante comunicado No. 2017-409-060490 del 8 de junio de 2017 la Interventoría otorgó al Concesionario el primer "Plazo de Cura" para sanear el incumplimiento del Concesionario por un término de 30 días. Posteriormente, la ANI, mediante comunicación 2017-306-020306-1 del 30 de junio del mismo año, concedió un plazo de cura de 30 días adicionales al plazo otorgado por la Interventoría. Es decir, un primer plazo de Cura se otorgó desde el 8 de junio de 2017 al 8 de julio del mismo año, y 8 días antes de su vencimiento se otorgó un segundo plazo de Cura para el saneamiento del incumplimiento, que vencería el 7 de agosto de 2017.

Finalmente, y antes del vencimiento del segundo plazo de cura, las partes llegaron a un acuerdo materializado en el documento denominado “Acta de entendimiento”, suscrito el 28 de julio de 2017. En dicho documento el término o plazo de cura para el cumplimiento del Tercer Giro de Equity fue suspendido hasta la suscripción de un Otrosí que materializara un acuerdo conciliatorio alcanzado entre las partes, o, en caso de no ser esto posible, hasta el 22 de diciembre de 2017. Es decir, el aplazamiento del periodo de cura se acordó hasta el cumplimiento de una condición, la suscripción de un Otrosí en virtud de una conciliación o un plazo hasta el 22 de diciembre de 2017, lo que ocurriera primero. Una vez ocurrida la condición o el plazo, se reiniciaría el conteo del Plazo de Cura otorgado inicialmente.

Así, de lo anterior concluye el Tribunal que el Concesionario tuvo un plazo de gracia de 60 días para subsanar el incumplimiento en el pago del tercer Giro de Equity, incumplimiento

que se causó con el vencimiento del plazo definido previamente, esto es el 29 de mayo de 2017. Sin embargo, el término del plazo de cura para sanear tal incumplimiento, previo a la activación de las facultades sancionatorias de la administración, fue suspendido de acuerdo con lo pactado en el Acta. Al no haberse suscrito un Acuerdo Conciliatorio, y al haberse extendido los efectos de la suspensión hasta el 22 de diciembre de 2017, puede afirmar el Tribunal que el plazo de cura actualmente se encuentra vencido en tanto que para diciembre 25 de la misma fecha éste ya había terminado.

Advierte el Tribunal, que, de acuerdo con lo reseñado previamente, el Concesionario habría incurrido en el incumplimiento de la obligación de Equity al no realizar el Giro en la fecha definida contractualmente y que, adicionalmente, tal incumplimiento respecto a las posibles sanciones que se pudieran derivar de la facultad sancionatoria establecida en el Contrato, no fue saneado por el Concesionario durante el Plazo de Cura otorgado, periodo en el cual se encontraba facultado para realizar el Tercer Giro de Equity sin someterse a las sanciones previstas en el Contrato.

Como conclusión de este apartado, se tiene que las modificaciones implementadas en los otrosíes al Contrato de Concesión no alteraron de forma sustancial el cumplimiento de la obligación de Equity, pues se refirieron específicamente al pago del segundo Giro y al fondeo de subcuentas. Sin embargo, se destaca, respecto al incumplimiento del tercer Giro de Equity, que las partes mantuvieron vigente la obligación del Concesionario de aportar los recursos de patrimonio correspondientes de conformidad con los plazos pactados en el numeral 4.4 de la Parte Especial del Contrato de Concesión para los respectivos Giros de Equity, en donde se estableció que en lo que respecta al tercer Giro, éste debía hacerse una vez cumplidos los 720 días desde el Acta de Inicio, es decir, el 29 de mayo de 2017. Al no haberse realizado dicho Giro, una vez decretado el incumplimiento se dio inicio al plazo de cura otorgado que, como fue enunciado anteriormente, no consiste de ninguna manera en un plazo adicional para dar cumplimiento a las obligaciones del Contrato, sino para evitar la imposición de sanciones de acuerdo con la facultad conferida legal y contractualmente a la administración.

6.3.4 Lo probado respecto a la imposibilidad de acudir a la Banca

Respecto a la Obligación de Financiación previamente analizada, que comprende tanto los recursos de capital (equity) como los recursos de Deuda, el Tribunal resalta que existió amplio debate probatorio en torno a la gestión financiera que se dio, por parte de la sociedad Concesión Vial de los Llanos S.A.S. respecto a la búsqueda de unos recursos que permitieran el inicio de la construcción. Antes de entrar a analizar lo probado respecto a esta gestión, considera el Tribunal que para una comprensión a cabalidad de lo ocurrido es importante traer a coalición lo ya dicho respecto a la estructura *Project Finance* mediante la cual se concibió el proyecto.

Lo anterior es importante pues enmarca y contextualiza el esfuerzo probatorio que las partes desplegaron respecto a la imposibilidad de acudir a los Prestamistas. La particularidad del *Project Finance*, como se explicó por parte de este Tribunal, implica que la garantía de los eventuales acreedores consta principalmente en los flujos de caja o *cash flow* derivados de la operatividad y rendimientos de la obra, sin recursos -acciones- legales

sobre el patrimonio del gestor o “sponsor” del proyecto. En palabras del laudo ya citado que analizó un contrato de concesión que incluyó también como mecanismo de financiación el *Project Finance*:

*“En efecto las decisiones y aportes de las entidades financieras, tiene como soporte principal o único, **“los activos” del proyecto mismo, esto significa que la movilización de recursos por parte de las entidades financieras se condiciona a los riesgos propios del proyecto, su distribución y asignación entre las partes, las garantías adicionales que se otorguen, y fundamentalmente, el cumplimiento por las partes del contrato de concesión de sus compromisos frente a ese “activo” que es el proyecto mismo.***

“La evaluación financiera de un proyecto debe identificar las fuentes de recursos, propios y ajenos, el costo de su suministro, así como el análisis acerca de las condiciones en que se pueden comprometer recursos propios del concesionario o provenientes de fuentes diversas de financiación, como créditos internos o externos, en moneda nacional o extranjera”.

*“Dentro de este contexto y refiriéndose a la conducta de quienes proporcionan al **concesionario crédito externo**, se expresa el autor Izquierdo en su capítulo sobre DEFINICION Y ASIGNACIÓN DE RIESGOS: “(...) el proyecto debe ofrecer las suficientes garantías para que el prestamista se decida a aportar los recursos necesarios, hasta el punto que la correcta definición y reparto de los riesgos entre todas las partes intervinientes ha llegado a constituir el elemento determinante de su participación. Incluso, en ocasiones, algunas instituciones financieras no se deciden a participar en el proyecto hasta haber comprobado el grado de cumplimiento de las previsiones durante los primeros años de explotación, para lo cual, en una primera fase, el crédito concedido para la construcción de la obra debe estar garantizado por los propios patrocinadores o promotores del proyecto” (subrayas y negrillas por fuera del texto)²²⁷.*

Coincide el Tribunal con el planteamiento del Laudo antes citado en que la conducta asumida por los prestamistas del crédito externo al proyecto en el marco del Project finance estará determinada principalmente por la solidez de los estudios y evaluaciones que se hagan del flujo de recursos que se prevén y de las garantías adicionales dadas por el contratista.

Igualmente, esto resalta la importancia de los aportes de capital propio por parte del originador o gestor al inicio del proyecto, etapa en la que dicho aporte se vuelve fundamental, pues de la seriedad de su compromiso y efectiva participación con aportes para el éxito del proyecto, es que los terceros acreedores valorarán con buenos términos su disposición a prestar recursos, a proveer deuda. Sin perjuicio de la incidencia que el

²²⁷ Tribunal de Arbitramento. Concesionaria Vial de los Andes (COVIANDES) vs. INVÍAS. Laudo del 25 de agosto de 2004, Cámara de Comercio de Bogotá.

alegado incumplimiento de la obligación de aportar el tercer Giro de Equity tuvo en la negativa de la Banca para aportar los recursos, es importante poner de presente desde este momento que las inversiones de capital constituían una seguridad adicional para estos acreedores. En este caso, concurren ambas causas para explicar lo sucedido, aclarando y reconociendo la mayor envergadura e impacto que tendría la reducción del tráfico real al momento de ejecución. La magnitud y entidad jurídica y sus efectos en las obligaciones de las partes, de los eventos que el debate probatorio señala como activadores de la reducción del tráfico, son analizados en otro acápite de este Laudo.

Ahora bien, poniendo esto de presente, en todo caso es cierto que el flujo de recursos de la Concesionaria provenía principalmente del recaudo de peajes y de los niveles de tráfico. Fue a partir de estos flujos que se estructuró el pago de los costos del proyecto y los servicios de deuda, por lo que los terceros prestamistas, necesariamente, iban a tener en cuenta esta variable al momento de decidir si se otorgaba o no un préstamo. Tal como consta en la sección 3.1 de la Parte General del Contrato de Concesión No. 004 de 2015, “Retribución”, el numeral (b) establece que serán las fuentes de retribución las siguientes:

“(b) Fuentes de la Retribución. Las fuentes para el pago de la Retribución del Concesionario de la Compensación Especial, cuando sea aplicable serán las siguientes:

(i) Recaudo de Peajes.

(ii) Los ingresos por Explotación Comercial.”²²⁸

En el contexto del Contrato, el flujo de recursos se encontraba basado principalmente en el recaudo de peajes por explotación y esta era precisamente la variable más relevante al momento de evaluar la tasa interna de retorno del proyecto (TIR) y la posibilidad, por parte de un tercero acreedor, de darle un préstamo al proyecto. Aunque contractualmente se haya establecido así, esto se encuentra igualmente explicado en el Peritaje decretado por el Tribunal de Valora que centró su estudio en los ingresos del proyecto y su modelación financiera:

“Respuesta a pregunta No. 1

El Perito utiliza como base de análisis el Modelo Financiero para identificar inicialmente los rubros contables base del equilibrio financiero y re expresarlo en términos de fuentes (ingresos) y usos (egresos).

De acuerdo a lo anterior las fuentes permiten determinar la composición de ingresos proyectada, a lo que se refiere la pregunta, en tanto que los usos permiten identificar la composición de los ingresos del Proyecto (...)

Un primer paso, teniendo como base de análisis el Modelo Financiero, supone identificar los rubros contables utilizados para la determinación del Flujo de Caja del Proyecto y que resulta en un TIR de Proyecto de 11.60% anual (...)

*De acuerdo con la gráfica anterior, las fuentes corresponden a los Ingresos Operaciones de peajes por COP 1.8 billones de pesos y a Ingresos Anticipados por valor de COP 539 mil millones de pesos (...) **Puede concluirse entonces***

²²⁸ Contrato de Concesión 004 de 2015, Parte General, pg. 53. Cuaderno de Pruebas número 1, folio 61.

que los ingresos del Concesionario provienen del recaudo de peajes²²⁹
(negritas por fuera del texto).

Aunque la determinación de la responsabilidad del Concesionario respecto a la imposibilidad de acudir a las fuentes de financiamiento se estudiará en su acápite respectivo, se dirá por ahora que en el expediente obra prueba de que el proyecto sufrió una alteración del tráfico que hizo que la Banca se negara a la provisión de los recursos por falta de flujos que permitieran cumplir con los servicios de deuda. Existen tres medios de prueba relacionados con la imposibilidad de acudir a la Banca: la documental, la testimonial y los peritajes aportados por la Convocada. Pasa el Tribunal a analizar los respectivos medios de prueba y el escenario probatorio que se desprende de estas tres clases de probanzas.

Estas explicaciones las hace el Tribunal porque permiten contextualizar el comportamiento de la Banca y la relación de sus decisiones crediticias con la reducción del tráfico, en tanto que los precios de los peajes junto con la cantidad de tráfico representaban los ingresos o flujos de caja que permitirían pagar los servicios de deuda de los recursos suministrados por la Banca. Al verse afectados estos, se afectaba la posibilidad de financiamiento: el banco no tenía otras garantías además de estos flujos y los aportes de capital propio. Al respecto, como narración de lo que sucedió durante la búsqueda del Cierre Financiero, el Testimonio de **Juan Esteban Osorio Hidalgo**, financiero de la Banca de Inversión Bancolombia contratada por Concesión Vial de los Llanos, en su principio Odinsa, para la estructuración del proyecto, es especialmente ilustrativo en lo que respecta a su narración de los eventos y la imposibilidad en la que se encontró Concesión Vial de los Llanos S.A.S de acceder a los recursos de deuda una vez se dio la caída en el tráfico por el corredor vial objeto de la concesión:

“SR. OSORIO: La verdad notas de mi cuaderno o puedo sacar el modelo financiero, y no tengo cuándo fue exactamente la adjudicación del contrato, sé que la disminución o la caída del precio del petróleo estuvo dada entre noviembre y diciembre del 2014, hay un cambio de 100 dólares el barril a una disminución relevante y en ese año a diciembre de 2014 ya sabíamos que había una afectación en el precio del petróleo.

DRA. MIER: En diciembre de 2014 ya sabíamos que había una afectación en el precio del petróleo.

SR. OSORIO: Correcto.

DRA. MIER: ¿Por qué lo sabían?

SR. OSORIO: Porque hay una disminución del precio del petróleo del commodity y la información era pública.

DRA. MIER: ¿Información pública, antes de ese hecho había ustedes hecho alguna gestión con los bancos?

SR. OSORIO: Sí, claro.

DRA. MIER: ¿Para obtener financiación en este proyecto?

SR. OSORIO: Sí, en el 2014, de hecho, para uno presentar factibilidad también hay que presentar una intención básica, muy básica, muy genérica de los

²²⁹ Dictamen del perito Valora Consultoría S.A.S., pg. 13.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

bancos de participar en un proyecto con esas características..., entonces sí, los bancos habían expresado que el proyecto les era interesante, que les generaba apetito para un proceso de financiación más extenso.

DRA. MIER: Una vez se obtiene la factibilidad y se avanza en el proceso, ¿cuándo volvieron a tener contacto con los bancos para la financiación del proyecto?

SR. OSORIO: Son contactos permanentes, pero recuerdo que las reuniones se volvieron a retomar una vez se firmó el acta de inicio que esa acta de inicio, si no estoy mal, ha sido bueno la celebración de contrato por mayo tal vez y el acta de inicio en junio, y a finales de junio, 15 días después del acta de inicio ya teníamos reuniones con bancos y estábamos enviando la información a los bancos en esa reunión, una vez pues en algunos bancos teníamos reunión en otros teníamos mails, pero ya habíamos enviado la información a los bancos a finales de junio, de hecho, eso produjo que los bancos hicieran un proceso interno de aprobación, de revisión con sus comités respectivos y enviaran cartas de intención en septiembre del 2015 si no estoy mal, enviaron cartas de intención varios bancos, entre ellos un par de bancos del Grupo Aval, Davivienda e incluso el Grupo Bancolombia que el Grupo Bancolombia en ese momento presentó una oferta por el 100% de la financiación el proyecto.

DRA. MIER: Para poder entender como una línea de tiempo, si uno tuviera en frente a sí una línea de tiempo, usted me dice se aprueba la factibilidad, me dice que en noviembre, diciembre de 2014 se dio la caída del precio del petróleo y que posteriormente se inicia la gestión con los bancos ya suscrito el contrato con el acta de inicio.

SR. OSORIO: Sí, el acta de inicio fue a mediados de 2015 y una vez suscrito el contrato se continúa esa gestión con los bancos y tiene como producto esas cartas de intención.”

Un primer momento de acercamiento con la Banca, entonces, se dio durante el periodo posterior a la firma del Contrato de Concesión 004, el 5 de mayo de 2015, tal como lo narra el testigo. Dichas afirmaciones constan de soporte documental en el expediente pues obran en él dos comunicaciones de la Banca en estas fechas en donde las entidades financieras manifiestan su interés en la provisión de recursos para completar el Cierre Financiero. Aunque el Testigo se refiera a varios Bancos, obran en el expediente solo dos comunicaciones provenientes de dos instituciones diferentes para esta época. La primera de ellas es una comunicación de Bancolombia, de fecha del 14 de julio de 2015, dirigida a Odinsa S.A, originador del proyecto, en donde dicho Banco pone de presente la intención de financiar el proyecto haciendo varias salvedades y estableciendo ciertas condiciones, dentro de las que se encuentran, entre otras las siguientes²³⁰:

“BANCOLOMBIA S.A. (el "Banco") se complace en presentar a CONCESION VIAL DE LOS LLANOS S.A.S (el "Cliente"), la presente intención de financiación no rotativa, bajo las siguientes condiciones:

	<i>Tramos A</i>	<i>Tramo B</i>
<i>Deudor</i>	<i>El Patrimonio Autónomo a satisfacción de Bancolombia.</i>	

²³⁰ Cuaderno de Pruebas número 6, folio 240 y s.s.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.**

VS

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

Monto:	Hasta Cincuenta mil millones de pesos colombianos (\$50.000.000.000).	Hasta un billón cien mil millones de pesos colombianos (\$1.100.000.000.000).
Plazo	Hasta 12 meses.	20 años
Período de gracia a capital	Hasta 12 meses.	5 años
Destino:	Ejecución del contrato de concesión bajo esquema de APP IPV - 001-2015 Estudios, diseños, financiación, construcción, operación, mantenimiento, gestión social, predial y ambiental respecto de los siguientes ítems a saber: i. Corredor Granada - Villavicencio - Puerto López - Puerto Gaitán - Puente Arimena ii. Anillo Vial de Villavicencio Accesos a la Ciudad.	

Y luego, más adelante en la carta:

"Garantías seguridades	y	Todas las obligaciones de pago del Deudor bajo la Facilidad deberán estar garantizadas con garantías de primer grado debidamente perfeccionadas sobre todos los activos e ingresos presentes y futuros del Proyecto, a ser determinadas en la debida diligencia, tales como, pero sin limitarse a, las siguientes: cuentas de reserva para los mantenimientos mayores, 1/6 anual del próximo mantenimiento, cuenta de reserva para el servicio a la deuda de los siguientes tres meses, garantía sobre las acciones del Concesionario, garantía sobre todas las cuentas y flujos del Proyecto, fideicomiso de garantía, administración y fuente de pago, garantía sobre los derechos económicos de los contratos del Proyecto, endoso de las pólizas de seguros, cesión de derechos fiduciarios, otros. Bancolombia podrá solicitar garantías adicionales al Concesionario cuando la destinación del desembolso no sea reconocida dentro de la fórmula de terminación anticipada de acuerdo con lo previsto en el Contrato de Concesión."
---------------------------	---	---

De la anterior comunicación se resalta que **Bancolombia sujetó su apoyo al proyecto, y las garantías que requería para su participación "a ser determinadas en la debida diligencia"**.

Igualmente, otra entidad que también manifestó su intención en llevar a cabo la financiación del proyecto, sin que dicha comunicación constituyera oferta y reservándose el derecho a hacer los due diligence correspondientes, fue el Banco de Bogotá²³¹. El 1 septiembre de 2015, en comunicación dirigida a Banca de Inversiones Bancolombia por parte del Banco de Bogotá, se afirmó que dicho Banco estaba dispuesto a hacer el acompañamiento al proyecto con sus recursos bajo las siguientes condiciones:

"Deudor

Patrimonio Autónomo de
administración, garantía y fuente
de pago "Fideicomiso Concesión
Vial de los Llanos".

²³¹ Cuaderno de Pruebas número 6. Documentos aportados por el testigo Gustavo Ordoñez Salazar, folios 230 a 236.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.**

VS

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

<i>Avalista</i>	<i>Concesionario APP Malla Vial del Meta.</i>
<i>Monto Total del Crédito</i>	<i>Un Billón Doscientos Mil Millones de Pesos Colombianos (COP1,200,000,000,000.00)</i>
<i>Monto Máximo Participación del Banco</i>	<i>Setecientos Mil Millones de Pesos Colombianos . (COP700,000,000,000.00)</i>
<i>Plazo</i>	<i>Hasta 20 años contados a partir de la fecha del primer desembolso</i>
<i>Período de gracia a capital</i>	<i>Hasta 6 años contados a partir de la fecha del primer desembolso</i>
<i>Período de disponibilidad</i>	<i>Hasta 6 años contados a partir de la fecha del primer desembolso</i>
<i>Apalancamiento</i>	<i>Saldo Deuda / (Saldo Aportes de Capital + Saldo Deuda) <= 70% Para el cálculo del Indicador de Apalancamiento se incluirá como Deuda la totalidad de los recursos de crédito que contrate el Deudor</i>

Así mismo se dijo:

“ii) A la par con los desembolsos de deuda. Los accionistas realizarán sus Giros de Equity pendientes de desembolso como requisito previo a cada desembolso de forma que se cumpla en todo momento la relación de Apalancamiento establecida. En este caso, los Aportes de Equity deberán estar respaldados por garantías bancarias por un monto igual a la totalidad de los giros pendientes por aportarse.

En todo caso, la escogencia de las entidades financieras que expidan las garantías bancarias, estará sujeta a aprobación de los acreedores.

Los aportes podrán realizarse en forma de capital social o deuda subordinada otorgada por los accionistas.

*Cronograma
de Aportes
(Giros) de
Equity
Contractuales*

Año	2015	2016	2017	2018	2019	2020	TOTAL
<i>vr.\$MM (dic-13)</i>	108,264	53,404	195,608	91,754	86,750	25,212	560,992

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

Los Giros 1 y 2 (2015 y 2016) son inamovibles en plazo y monto

Las fechas máximas y montos mínimos de los Giros 3 a 6 (2017 a 2020) indicados en la tabla anterior podrán ser modificados, siempre que: i) Dicho cambio sea autorizado expresamente por los Prestamistas, ii) Se acredite tal autorización expresa en los documentos del Cierre Financiero, o en modificaciones escritas al documento que certifica el Cierre Financiero y iii) La suma de los montos mínimos de los Giros modificados — expresados en Pesos de diciembre de 2013- sea igual o mayor al setenta por ciento (70%) de la suma total de los giros establecidos

Los montos establecidos en este cronograma son los aportes mínimos requeridos; sin embargo; estos pueden incrementarse una vez se lleve a cabo el Due Diligence correspondiente, modificando no sólo los montos de los aportes sino la estructura de capital del Proyecto.”

Y, finalmente, respecto a la eventual firma de un crédito a favor del Patrimonio Autónomo, el Banco de Bogotá sujetó su aceptación a un nuevo estudio de tráfico que valorara las afectaciones que, para ese momento, ya se encontraban presentes:

Estudio de Tráfico y Demanda

Aunque el proyecto cuenta con un estudio de tráfico y demanda, es necesario un nuevo estudio que contemple los recientes cambios en las condiciones de mercado de la zona y del país. Este nuevo informe debe estar disponible previo a la aprobación del crédito.

Así, se puede concluir que, de este primer acercamiento los establecimientos de crédito ‘Bancolombia’ y ‘Banco de Bogotá’ en efecto manifestaron su intención de acompañar la financiación del proyecto bajo las condiciones de que se hiciera un nuevo estudio de tráfico que rectificara que los flujos del proyecto, y la conclusión arrojada por la modelación financiera inicial se sostenía bajo las nuevas condiciones. Como ya ha explicado el Tribunal, en la estructura Project Finance es la viabilidad y rentabilidad del proyecto la variable más importante en la modelación financiera para el pago de la inversión. Sin embargo, luego de estas comunicaciones y tal como lo relata el Testigo Osorio Hidalgo, existió un segundo momento de tratativas con la Banca, en el que varios de los Bancos empezaron a negar la provisión de recursos en la ausencia de flujos del proyecto:

“DRA. MIER: Quiere usted explica[r] al Tribunal cómo es ese proceso, cuando usted tiene ya el proyecto en la mano, y voy a utilizar una palabra que odio, ¿cómo lo hace bancable? Cómo van los bancos, ¿cómo vende usted ese

proyecto? ¿Qué es lo que estudia un banco? ¿Cómo un banco hace para decir, hombre sí, me interesa? ¿Cuáles son las garantías que piden los bancos? ¿Eso cómo funciona en la práctica?

SR. OSORIO: En la práctica los bancos inicialmente revisan información que se estructuró del proyecto, revisan todos los contratos, revisan los modelos financieros, revisan las proyecciones, consideraciones macroeconómicas y demás para tener una aprobación de apetito frente al proyecto, esa condición de apetito frente al proyecto se transforma en una carta indicativa y los bancos presentan una carta indicativa, en este caso fue más que una carta indicativa, fue una aprobación en firme sujeta al due diligence por parte de los bancos donde especificaban de hecho las condiciones financieras dadas, me acuerdo que las cartas tenían incluso tasas de financiación, comisiones, ... unas hojas de término bastante explícitas frente a lo que sería un posible contrato para la financiación del proyecto.

Y sujetan la financiación o la firma del contrato a ese proceso de elaboración del contrato efectivamente a una debida diligencia del proyecto, para eso los bancos hacen la contratación de asesores externos y no solamente se quedan con el estudio de tráfico que provee en su momento la concesión sino que hacen una revisión de ese estudio de tráfico, hace una revisión de las cifras de capex y opex con sus asesores, el banco tiene una lista de asesores, el banco dice, vea, mis asesores aceptables son estos 5 y cada banco en Colombia tiene una lista de asesores.

(...)

DRA. MIER: ¿Usted dice que los bancos empiezan a hacer este due diligence en el segundo semestre del 2015?

SR. OSORIO: Sí.

DRA. MIER: El precio del petróleo había caído en diciembre de 2015 y perdóneme que sea tan incisiva, pero esto es un aspecto medular de la controversia, ¿los bancos seguían mostrando como dice usted apetito o ya se habían dado afectaciones en el tráfico? ¿Qué pasó con esa validación que hizo el banco de la información o de los insumos que recibió del concesionario?

SR. OSORIO: Una vez se obtiene esa aprobación en septiembre del 2015, el banco emite su lista y la concesión recibe esa lista y contrata un asesor que era Setec Linseg (sic), ese asesor de tráfico hace un estudio de tráfico y ese estudio de tráfico comienza a mostrar que hay una afectación en el tráfico explícitamente del proyecto, esa afectación del proyecto ya lleva desde diciembre del 2014, desde diciembre del 2015, lleva más de un año y tres meses la afectación y se comienza a ver el mercado como algo estructural, ese tema estructural entonces hace que la concesión tome la decisión de suspender el proceso de financiación porque continuar adelante con un proceso de financiación, bajo esa circunstancias, evidentemente perjudicaría el proyecto y eso fue lo que sucedió."

Consta en el expediente respaldo documental del dicho del testigo Osorio en el entendido de que una vez se llevó a cabo el *due diligence* durante el segundo semestre de 2015 los Bancos, los citados y otros, empezaron a manifestar que no era posible financiar el proyecto, pues los flujos del mismo no eran suficientes para obrar como garantía de pago

de los préstamos. De este segundo periodo de tratativas con los bancos, que se dio entre el segundo semestre del año de 2015 y el transcurso del año de 2016, constan en el expediente las siguientes comunicaciones:

(i) Comunicación de Davivienda del 10 de octubre de 2016, dirigida a Concesión Vial de los Llanos en donde se manifiesta lo siguiente:

*“En respuesta la reunión donde nos compartieron el Proyecto “Concesión Vial de los Llanos S.A.S” Les informamos, (sic) que posterior a la revisión de la información presentada, el Banco no vio viable acompañarlos a través de financiación, **debido principalmente a la baja cobertura de deuda implícita en los flujos**”.*²³² (negrilla por fuera del texto)

(ii) Comunicación de Bancolombia del 11 de octubre de 2016, dirigida a Concesión Vial de los Llanos en donde el banco manifiesta:

*“después de haber revisado la información suministrada no vemos viable acompañarlos como prestamistas de la Facilidad, **basados principalmente en los flujos actuales del proyecto, lo anterior debido a que financieramente el proyecto no puede soportar el nivel de deuda propuesto**”.*²³³ (negrilla por fuera del texto)

(iii) Comunicación del Banco de Occidente del 12 de octubre de 2016, dirigida a Odinsa S.A. (originador del proyecto), en donde se puso de presente que:

*“en atención a la solicitud que amablemente hicieron al Banco de Occidente para participar en la Financiación del Proyecto de Iniciativa privada — Malla Vial del Meta, comedidamente nos permitimos manifestar que una vez revisado el modelo actual del proyecto presentado por ustedes, en principio el Banco de Occidente no acogió de manera favorable la participación en el cierre financiero del mismo”.*²³⁴

Dentro del cúmulo de comunicaciones citadas en este segundo periodo de acceso a la banca entre los años 2015 y finales del año 2016, se puede concluir que **la razón principal expresada por los bancos respecto de su negativa a aportar recursos de Deuda fue la caída de los flujos de caja o rendimientos previstos del proyecto**, que llevaban a que la inversión de los terceros acreedores ya no fuera atractiva. En este sentido, y dado el recuento probatorio que se ha realizado, tiene razón el Concesionario cuando afirma que fue la inviabilidad financiera del proyecto, por la reducción de los flujos, la principal razón alegada por los bancos para que aquél no pudiera obtener los compromisos de recursos necesarios para dar por cumplido el Cierre Financiero del Proyecto. Entonces, como se ha visto, los Prestamistas centraron su atención en los flujos, sin que pueda señalarse que dichos Prestamistas concretamente hicieran alusión a la ausencia de un “*caso financiero*”

²³² Cuaderno de pruebas número 1, folio 440.

²³³ Cuaderno de Pruebas número 1, folio 441 y ss.

²³⁴ Cuaderno de Pruebas número 1, folio 446 y ss.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

base, habiéndose modificado el esquema tarifario contractual unilateralmente (...)” como pretende la convocante que sea declarado por el Tribunal en los dos últimos párrafos de la pretensión cuadragésima segunda; por lo cual el Tribunal no accederá a lo pretendido en los aludidos dos últimos párrafos de la pretensión cuadragésima segunda mencionada.

Esta descripción de lo sucedido coincide con lo ya manifestado respecto a la obligación del Cierre Financiero, en el entendido de que, como obligación de gestión, pero también de obtención, solo se completaba con alcanzar el Cierre Financiero que garantizara la disponibilidad de los recursos de financiamiento (de la banca en este caso). En tanto que el tráfico se redujo sustancialmente, hecho que el Tribunal analizará en la sección correspondiente, la imposibilidad de acceder a los recursos de Deuda y, por lo tanto, realizar el proyecto, incide directamente en el cumplimiento del Cierre Financiero por parte de la Concesión Vial de los Llanos, pero se establecerá que dicha imposibilidad no es consecuencia de una circunstancia sobreviniente imprevisible.

Ahora bien, en lo que respecta a las obligaciones de dar que estructuraban los aportes en dinero de los Giros Equity, se debe señalar que en ningún caso se encontraban sujetas a la disponibilidad de recursos de terceros financiadores, por su estructura propia de obligación de dar una suma de dinero sujeta a un plazo particular.

En este sentido, obra en el expediente prueba de que, al momento de acercarse el vencimiento del Tercer Giro de Equity el 29 de mayo de 2017, tal como quedó pactado en el Contrato de Concesión No. 004 de 2015 Parte Especial sección 4.4 a 720 días desde el Acta de Inicio, hubo un tercer periodo de contacto con los Bancos para financiar, ya no los aportes de Recursos de Deuda sino los aportes de capital propio o Equity que debía hacer Concesión Vial de los Llanos S.A.S al Patrimonio Autónomo del Proyecto. En efecto, obran en el expediente las siguientes comunicaciones:

(i) Comunicación del Banco de Occidente de fecha del 28 de junio de 2017 dirigida a Odinsa S.A. (originador y accionista del proyecto) en donde se manifestó que:

*“En atención a la solicitud que amablemente hicieron al Banco de Occidente para extender **un crédito a Odinsa S.A destinado a financiar los aportes de capital del proyecto de Iniciativa Privada de Malla Vial del Meta**, comedidamente nos permitimos manifestar que una vez revisado el modelo actual del proyecto presentado por ustedes, en principio el Banco de Occidente no acogió de manera favorable dicha solicitud”²³⁵ (negrilla por fuera del texto)*

(ii) Comunicación de Davivienda de fecha del 29 de junio de 2017 dirigida a Odinsa S.A. (originador y accionista del proyecto) en donde dicha entidad puso de presente:

*“(...) En respuesta a su reciente solicitud de **obtener financiación para hacer aportes de capital al proyecto** “Concesión Vial de los Llanos S.A.S” les reiteramos, como lo hicimos en comunicación del pasado 10 de octubre de*

²³⁵ Cuaderno de Pruebas número 2, folio 239.

2016, que no vemos viable acompañarlos en la iniciativa, debido a la limitada capacidad del proyecto en referencia, para generar los suficientes flujos a sus accionistas²³⁶ (negrilla por fuera del texto)

(iii) Comunicación del Banco de Bogotá de fecha del 5 de julio de 2017 dirigida a Odinsa S.A. (originador y accionista del proyecto) en donde se estableció que:

*“(…) Nos permitimos informarles que una vez estudiada la solicitud presentada por ustedes **para financiar el Equity requerido por el proyecto Malla Vial del Meta**, el Banco de Bogotá S.A ha decidido darle una espera al estudio, entre tanto se aclare el alcance del proyecto puesto que este está afectado por la disminución en el tráfico esperado²³⁷”.*

Así, si bien probatoriamente se estableció la imposibilidad de acudir a los recursos de la banca por la reducción de los recursos del proyecto para el periodo del 2015 y 2016, las comunicaciones anteriores solo se refieren al endeudamiento libremente decidido por el Originador para aportar el Equity. No hay respaldo documental que indique que durante el periodo de 2017 fue esta la razón alegada por los bancos para no apoyar el cierre financiero, pues como las citas lo dejan entrever, este conjunto de comunicaciones estaba dirigido a la financiación de los aportes Equity y no los recursos de deuda. No es una circunstancia menor que pueda dejar de lado el Tribunal, pues, por una parte, como se ha señalado con insistencia, la obligación de pago de Giros de Equity no estaba condicionada a la obtención de deuda, y, por otra parte, la **obtención** de recursos de Deuda, surgiría de una **gestión** de promoción y estructuración del proyecto que, claro está, demostrara una adecuada administración de los riesgos desde el contrato mismo que instrumenta el proyecto, pero también de un compromiso firme y efectivo del originador con el susodicho proyecto que se concreta en la realización de giros de equity.

Igualmente, la Convocada acompañó copia de comunicaciones adicionales para el año 2018 de las que se puede deducir el mismo sentido ya explicado pues estas comunicaciones se refieren a la financiación para hacer los aportes de capital y no a los recursos de deuda. Se reitera que los aportes de capital (Equity) eran una obligación de dar del Concesionario, para cuyo cumplimiento no tiene relevancia alguna que éste tenga acceso o no a endeudamiento, pues para ello acreditó una capacidad financiera, mientras que el acceso a los recursos de financiamiento (préstamos bancarios, mercados de capitales, fondos privados, etc.) estaba vinculado a la obligación de hacer el Cierre Financiero que daría los recursos de Deuda del Proyecto.

Ahora bien, en todo caso se encuentra que en el dictamen del perito Julio Villareal se expresó lo siguiente en relación con la disminución de los flujos de caja por la caída del tráfico y su incidencia en la posibilidad de acceder a los recursos de Deuda por parte del Concesionario: *“con la nueva rentabilidad del proyecto (0.04% EA) no se podrá encontrar una entidad bancaria que permita el cierre financiero de la concesión, pues lo que retorna*

²³⁶ Cuaderno de Pruebas número 2, folio 254.

²³⁷ Cuaderno de Pruebas número 2, folio 238.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

el proyecto por sí solo, no alcanza para cubrir el pago de las obligaciones de financiación que se encuentra por encima del 0.04% EA, ni cubriría el costo de la deuda, que como se observó en la pregunta anterior, supera este valor²³⁸.

Es por esto que no es procedente la declaratoria solicitada en la Pretensión sexagésima de la demanda reformada, en el entendido de que la negativa de los Prestamistas se debe a la reducción de los flujos del proyecto y no, como pretende la Convocante, por ausencia de caso financiero base y la modificación unilateral del esquema contractual tarifario. Tampoco es procedente la pretensión sexagésima primera, en el entendido de que, de acuerdo con el acervo probatorio citado, aunque el Tribunal puede concluir que Concesión Vial de los Llanos se encuentra en la imposibilidad de obtener el Cierre Financiero del Proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 004 por no tener acceso al crédito que le permita obtener los recursos de deuda requeridos para su ejecución, ello no ocurrió sin causa o hecho imputable a su gestión, dado que como se verá en el acápite correspondiente, la reducción de los flujos era previsible.

En este mismo sentido, se declarará impróspera la pretensión trigésima octava de la demanda reformada, en el entendido de que, si bien del debate probatorio citado se desprende que como consecuencia de las afectaciones del Proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 004 de 2015 la Banca se ha negado a otorgar a la sociedad Concesión Vial de los Llanos S.A.S. los recursos de deuda (financiación) requeridos para la ejecución del Contrato de Concesión, ello no ocurrió sin causa o hecho imputable a la sociedad concesionaria, pues la reducción de los flujos sí era previsible como se analiza en el acápite correspondiente de este Laudo.

Tal como se ha resaltado ya repetidas veces, la falta de disponibilidad de recursos de terceros no es óbice para justificar el incumplimiento de una obligación de dar y a plazo (Giros de Equity), máxime cuando parte de la viabilidad del proyecto se alcanzó con la capacidad financiera acreditada. Si bien las pruebas durante los dos primeros periodos de tratativas con la banca apuntan a que la reducción de flujo del proyecto fue la razón por la que los Bancos se abstuvieron o pospusieron su decisión de facilitar acceso en firme a recursos, no puede, con este mismo argumento probatorio, exonerarse el Concesionario de su obligación de pagar unas sumas de dinero que constituyen sus Giros de Equity. No son conducentes los mismos argumentos para estos dos tipos diferentes de obligaciones, tema al que se referirá nuevamente y más a fondo el Tribunal. Antes, sin embargo, es importante desarrollar, como un último acápite, la operatividad o la forma en que se cumplía las obligaciones de dar y de hacer reseñadas y su relación con la estructura fiduciaria del Patrimonio Autónomo.

²³⁸ Dictamen Pericial de Parte, “Dictamen con Carácter Económico & Financiero”, Concesión Vial de los Llanos vs. Agencia Nacional de Infraestructura de Julio E. Villareal N. pg. 42.

6.3.5 Operatividad en el cumplimiento de las obligaciones de financiamiento: Patrimonio Autónomo, estructura financiera y autonomía en la ejecución de las obligaciones de aporte equity y recursos de deuda

Como último segmento de esta parte expositiva de la estructura financiera del Contrato de Concesión No. 004 de 2015, el Tribunal considera pertinente hacer unas últimas consideraciones respecto a la operatividad en el cumplimiento de las obligaciones de aportes de Equity y de consecución de un monto mínimo de Deuda, específicamente relacionado con los flujos de recursos y la estructura fiduciaria que se constituyó para organizarlos, en tanto que se ha hecho referencia al Patrimonio Autónomo pero no se ha detallado lo suficiente el régimen establecido para su funcionamiento.

En primer lugar, dentro de la estructuración del proyecto, existen dos fuentes de recursos principales que nutren el Patrimonio Autónomo. Los ingresos por peajes y explotación comercial constituyen la primera fuente de financiación, que son precisamente la base de la “*Retribución*” del Concesionario según la sección 3.1 “*Retribución*” del Contrato de Concesión 004 de 2015, Parte General. Una segunda fuente de recursos es la que proviene del cumplimiento de las obligaciones de obtención de financiación por parte de Concesión Vial de los Llanos S.A.S., es decir, los montos de dinero que provinieran tanto de los aportes Equity como aquellos conseguidos con Recursos de Deuda. Estas dos fuentes, recaudo por peajes y los resultantes de las obligaciones de financiamiento —recursos de capital propios y fuentes de financiamiento— constituían los ingresos de recursos principales del proyecto. Cada una de estas dos fuentes tenía una Cuenta Principal en el Patrimonio Autónomo: para el recaudo de peajes, la “*Cuenta ANI*” y para la gestión financiera, la “*Cuenta Proyecto*”.

Antes de indagar en esta separación de la administración fiduciaria, para comprender cómo era la operación y distribución de activos durante la ejecución contractual es preciso hacer referencia al artículo 24 de la Ley 1508 de 2012 que establece la obligación, para todo proyecto APP, de constituir un Patrimonio Autónomo para que funja como centro de imputación contable del proyecto. De acuerdo con la disposición legal citada, el artículo 24 de la Ley 1508 de 2012 establece en lo relevante:

“todos los recursos que se manejen en el proyecto deberán ser administrados a través de un patrimonio autónomo constituido por el contratista, integrado por todos los activos y pasivos presentes y futuros vinculados al proyecto”.

La existencia de este Patrimonio Autónomo permite reiterar la estructura y calificación que el Tribunal ya ha hecho respecto a las obligaciones de financiación de la Concesión, en el entendido de que es en esta estructura fiduciaria donde se radicaban y debían radicarse todos los flujos, activos y pasivos del proyecto. En efecto, tal como está definido en el Contrato de Concesión el Patrimonio Autónomo del proyecto, en la sección “*Definiciones*” del Contrato de Concesión 004 de 2015 Parte General:

“1.116 *Patrimonio Autónomo*

Es el patrimonio autónomo que deberá constituir el Concesionario mediante la celebración del Contrato de Fiducia Mercantil con la Fiduciaria. El Patrimonio Autónomo será el centro de imputación contable del Proyecto y por lo tanto todos los hechos económicos del Proyecto serán contabilizados en dicho Patrimonio incluyendo, pero sin limitarse a todos los ingresos y gastos del Proyecto.”²³⁹

Los recursos provenientes de las obligaciones de financiamiento de la Concesión Vial de los Llanos S.A.S. se radicaban entonces en el Patrimonio Autónomo o, en todo caso, siempre debían redirigirse hacia él. Ya fuera mediante la obligación de transferencia — obligación de “dar”— de los aportes de Equity a este patrimonio o llevando a cabo la suscripción documental que acarrearía el eventual desembolso de recursos de Deuda en este mismo por un tercero prestamista, todos los recursos quedaban radicados en el aludido Patrimonio Autónomo.

En efecto, los activos que por este medio ingresaran al Patrimonio Autónomo (los recursos de deuda y de capital propio), de acuerdo con los numerales 3.14, 3.15 y 3.16 del Contrato de Concesión 004 de 2015, Parte General, debían transferirse directamente a la “*Cuenta Proyecto*”, subcuenta de recepción de activos dentro de la estructura contable del Patrimonio. Por el contrario, la segunda cuenta principal, la “*Cuenta ANI*”, cuyo beneficiario exclusivo era la ANI, de acuerdo con la cláusula 3.15 (h) del Contrato de Concesión 004 de 2015 Parte General, tenía por objeto la recepción de los recursos provenientes del recaudo de peajes en la respectiva “*subcuenta Recaudo de Peajes*”.

Esta división contable dentro del Patrimonio Autónomo permitía cumplir con la disposición establecida en el artículo 5° de la Ley 1508 de 2012, modificado por la Ley 1753 de 2015, artículo 37:

*“Derecho a retribuciones. El derecho al recaudo de recursos por la explotación económica del proyecto, a recibir desembolsos de recursos públicos o cualquier otra retribución, en proyectos de asociación público privada, **estará condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad de las distintas unidades funcionales o etapas del proyecto**”* (negrilla por fuera del texto)

En cumplimiento de la restricción legal respecto a la retribución sin obra cumplida, todos aquellos recursos que ingresaran a la “*Cuenta Proyecto*”, es decir los aportes de capital y de deuda, por disposición contractual en el numeral 3.15 (d) (ii) del Contrato de Concesión 004 de 2015, Parte General, “*se destinarán única y exclusivamente a la atención de todos los pagos, costos y gastos a cargo del Concesionario que se deriven de la ejecución del Presente Contrato*”²⁴⁰, lo que permitía iniciar la construcción y operatividad del proyecto con recursos aportados por el concesionario. Una vez firmadas las Actas de Terminación de las Unidades Funcionales Respectivas, tal como lo establece el artículo 5 de la Ley 1508

²³⁹ Cfr. Contrato de Concesión No. 004 de 2015. Parte General. pg. 32. Cuaderno de Pruebas número 1, folios 50 y 51.

²⁴⁰ Cfr.: Contrato de Concesión número 004 de 2015. Parte General. pg. 89. Cuaderno de Pruebas número 1, folio 79.

de 2012 (modificado por la Ley 1753 de 2015, artículo 37), se causaba en cabeza del Concesionario el derecho a la Retribución que tenía como fuente los recaudos de peajes y los ingresos por explotación comercial, recursos que una vez causados a favor del Concesionario por la ejecución contractual entraban a engrosar la Cuenta Proyecto. Por otro lado, la destinación de los Giros de Equity sí tenía como lugar específico y directo, una vez estos fueran girados al Patrimonio Autónomo, la Cuenta Proyecto, tal como se establece el Contrato de Concesión No. 004 de 2015, Parte Especial, Sección 4.4 “Giros de Equity”:

“El Concesionario deberá girar como mínimo a la Cuenta Proyecto los siguientes valores expresados en Pesos del Mes de Referencia dentro de los plazos que a continuación se establecen”²⁴¹ (negrilla y subraya por fuera del texto)

Por último, reitera el Tribunal que la Retribución por recaudo de peajes no se trasladaba al Concesionario o a su patrimonio, sino que entraba a acrecentar la “Cuenta Proyecto”, recursos que quedaban afectos a la destinación específica ya citada, es decir, el desarrollo del proyecto. Tal como lo establece el ordinal (a) de la Sección 3.1 “Retribución” del Contrato de Concesión 004 de 2015:

“(a). El derecho a la Retribución del Concesionario con respecto a cada Unidad Funcional se iniciará a partir de la suscripción de la Respectiva Acta de Terminación de Unidad Funcional. La suscripción del Acta de Terminación Parcial de Unidad Funcional cuando sea aplicable, de conformidad con este Contrato, dará lugar a la causación y pago de la Compensación Especial.”²⁴²

En síntesis, todo flujo de capital del proyecto necesariamente entraba a formar parte del Patrimonio Autónomo, que tenía la virtud de ser el centro de imputación contable y de manejo de activos y pasivos de todo el proyecto. Aquellos recursos obtenidos en cumplimiento de la obligación de financiación, ya fueran los Giros de Equity o los Recursos de Deuda, debían entregarse a la “Cuenta Proyecto” de este Patrimonio con destinación exclusiva a los pagos necesarios para llevar a cabo la ejecución del Contrato de Concesión. Los ingresos provenientes del recaudo de los peajes quedaban radicados en la segunda cuenta principal de este Patrimonio Autónomo, “Cuenta ANI”, “Subcuenta Recaudo Peajes”, lo que permitía separarlos del resto de los activos del proyecto y darles cumplimiento a las disposiciones de la Ley 1508 de 2012 previamente citadas.

Una vez se causaba el derecho de retribución por la suscripción respectiva del Acta de Terminación de Unidad Funcional, estos activos se trasladaban a la “Cuenta Proyecto” o a quien el Concesionario escogiera para cederle los derechos de retribución causados como, podría ser, por ejemplo, un prestamista. Ejecutado el proyecto y cumplida la finalidad del Patrimonio Autónomo, de acuerdo con el numeral 3.14 (d) (iv) del Contrato de Concesión 004 de 2015, Parte General, los remanentes de la Cuenta Proyecto quedarían en Cabeza del Concesionario.

²⁴¹ Cfr.: Contrato de Concesión 004 de 2015, Parte Especial. Cuaderno de Pruebas número 1, folio 160.

²⁴² Cfr.: Contrato de Concesión 004 de 2015, Parte General. p. 53. Cuaderno de Pruebas número 1, folio 61.

Esta estipulación contractual se explica no solo por las disposiciones legales de la Ley 1508 de 2012 sino por el rol del Patrimonio Autónomo también como garantía de gestión de recursos, no solo para la ANI, sino para los terceros prestamistas y, eventualmente, el Concesionario. La separación patrimonial de los recursos, que quedaban afectos al cumplimiento de un fin establecido en el contrato de fiducia mercantil, en el entendido de que estos recursos debían administrarse para cumplir dicha finalidad determinada (art. 1226 del C. Co.) y solo podían, una vez entraran a hacer parte de este Patrimonio Autónomo, garantizar las obligaciones contraídas en cumplimiento de esta finalidad (art. 1227 del C. Co.); la estructura fiduciaria, se reitera, era una garantía para todas las partes involucradas.

En efecto, en el evento de terminación del contrato —ya fuera por cumplimiento del objeto contractual o por terminación anticipada— según el Capítulo XVIII “*Liquidación del Contrato*” del Contrato de Concesión 004 de 2015, Parte General, los recursos de las cuentas del Patrimonio Autónomo debían congelarse y seguir una prelación de pagos establecida en la sección 18.2 “*Obligaciones de la Fiduciaria en la Liquidación*”²⁴³. La Fiduciaria debía pagar, en primer lugar, con recursos de la Cuenta Proyecto, a terceros acreedores del patrimonio autónomo diferentes al Concesionario y sus socios. Los excedentes de dicha cuenta, por expresa disposición del 18.2. (c) serían eventualmente entregados al Concesionario o a algún otro tercero prestamista en caso de acuerdo en este sentido. Por otro lado, los excedentes de la “*Cuenta ANI*”, una vez cumplidas todas las obligaciones imputables a dicha cuenta, se encontraban asignados a la ANI.

De esta manera, esta separación patrimonial permitía también un control y garantía de los recursos aportados. Para aquellos recursos que aportara el Concesionario en virtud de su obligación de financiación, estos quedaban radicados en la Cuenta Proyecto y, una vez pagados los compromisos adicionales del proyecto de construcción, en cabeza del él mismo. La ANI, por el otro lado, era la destinataria final de los Recursos que a la terminación del Contrato quedaran como saldo de la “*Cuenta ANI*”, provenientes del recaudo de los peajes, luego de que se pagaran las restantes obligaciones.

6.3.6 Autonomía en el cumplimiento de las Obligaciones de Equity y Cierre Financiero

Las anteriores consideraciones permiten concluir que existe una autonomía en la forma en que se debían cumplir las obligaciones de aportes de capital propio, por un lado, y la consecución de recursos de deuda ligadas al Cierre financiero, por el otro. En efecto, debe el Tribunal distinguir pues, aunque relacionadas entre sí por la estructura propia del proyecto, que en su cumplimiento sólo el cierre financiero se fundaba necesariamente en la obtención del endeudamiento, y no así la obligación de aportes de Equity.

Aunque es cierto que dichas obligaciones están ligadas en una estructura general de *Project Finance*, en el entendido de que los aportes de Equity eran una seguridad adicional para los terceros prestamistas, que les otorga un mayor grado de certidumbre sobre la adecuada estructuración y distribución de riesgos de tal modo que pueden confiar en la

²⁴³ Cfr.: Contrato de Concesión 004 de 2015, Parte General. p. 199. Cuaderno de Pruebas número 1, folio 134.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

generación de flujos futuros, esta relación no se extiende a la forma de cumplimiento que tenía cada una de estas obligaciones y, por ende, no son de recibo los argumentos esgrimidos por la Convocante para defender su incumplimiento en cuanto al tercer Giro de Equity.

Por su naturaleza misma y tal como fue pactada, el cumplimiento de la obligación de hacer, propia del Cierre Financiero, se encontraba sujeta a la disponibilidad de recursos que pudiera eventualmente conseguir el Concesionario con los terceros prestamistas del proyecto para completar la financiación. Sin embargo, ese talante condicionado a las circunstancias no se extiende a los aportes de capital y, en específico, al tercer Giro de Equity que debía hacer la Concesión Vial de los Llanos S.A.S. al Patrimonio Autónomo, en los términos explicados. Esta última obligación —de “dar” Giros de Equity— pendía exclusivamente de la capacidad financiera de la sociedad o sus accionistas, y, como compromiso de pago, no se podía entender sujeto a una disponibilidad de recursos de la banca. En este sentido, aunque la Convocada adjunte por igual comunicaciones de la banca para acreditar la imposibilidad de financiar el proyecto (ya fueran sus obligaciones de deuda o de Equity) el Tribunal debe, por el contrario, diferenciarlas.

Dichas comunicaciones reiteran lo ya dicho respecto a lo que sucedió durante la gestión y obtención del Cierre Financiero, pero demuestran, por otro lado, un incumplimiento en la obligación de aportar los Giros Equity por parte de la Concesión Vial de los Llanos. Como se dijo, la definición de un nuevo caso base por aplicación del Otrosí 3, o la eventual definición de un alcance diferente del proyecto por aplicación de las normas legales que ordenan adoptar las medidas que correspondan para restablecer el equilibrio del contrato cuando éste se rompa, o la modificación de dicho alcance por simple acuerdo de las partes que pudiera darse en algunas circunstancias, implicaría muy posiblemente un ajuste del modelo financiero que a su vez acarrearía una variación de los montos -en términos absolutos- de los Giros de Equity para mantener la estructura de apalancamiento 66% - 34% (capital – deuda), salvo que las partes también decidieran modificar dicha relación. Ahora, mientras esto no sucediere, las obligaciones de Giro de Equity no están sujetas al Cierre Financiero o a la posibilidad de alcanzarlo, comoquiera que corresponden, se reitera, a verdaderas obligaciones de dar sumas de dinero que comprometen el patrimonio propio del contratista, y no están sujetas a la posibilidad que tenga o no el concesionario de acceder al mercado financiero o a cualquier otra fuente para honrar ese tipo de compromisos.

En este sentido, del contenido de los textos contractuales y de las características del modelo financiero, no es posible inferir que la ejecución de una de las obligaciones se encontrara supeditada a la existencia de la otra, siendo que la obligación de obtener el Cierre Financiero dependía de los Recursos de Deuda que debían ser recibidos por medio de una gestión y adecuada estructuración para atraer fuentes de recursos, y no del aporte y posterior pago de los recursos de Equity que se encontraban a cargo del Concesionario. Y que, en el mismo sentido, tampoco es posible concluir que la mayor dificultad o, incluso, la acreditada imposibilidad para lograr el cumplimiento de una de ellas —Deuda— pudiese relevar *per se* el cumplimiento de la otra—Equity—.

En síntesis, aunque fuera previsible que el Cierre Financiero no se iba a lograr, como consecuencia de la reducción de los flujos de recursos del proyecto por la caída en el volumen del tráfico, esta situación no releva al Concesionario de cumplir con sus obligaciones de financiamiento con capital propio al proyecto (equity), independientemente de que, posteriormente, si el Cierre Financiero no se logra, las cuentas del patrimonio deban liquidarse sin que el proyecto se realice, o proceda la restitución parcial o total del equity aportado como consecuencia de una renegociación entre las partes del alcance y los términos del proyecto. **No es que, como lo sugiere la Convocante, la sola imposibilidad previsible o imprevisible de acceder a la banca por inviabilidad de los flujos para sacar adelante el proyecto releve al Concesionario del cumplimiento de sus obligaciones de Giro de Equity**, pues las disposiciones contractuales no se tornaban inanes o ineficaces por el advenimiento de esa circunstancia; por el contrario, la regulación debía seguirse incluso, hasta la consecuencia más extrema de la liquidación de las cuentas del Patrimonio Autónomo. Esto, además, en consonancia con el principio *pacta sunt servanda* establecido en el artículo 1602 del Código Civil.

Es por esto que el Tribunal considera que aunque prospera la pretensión trigésima novena en la que la Convocante solicita que se declare que la sociedad Concesión Vial de los Llanos S.A.S no está obligada ni por la Ley ni por el Contrato de Concesión No. 004 de 2015 a ejecutar el Proyecto que constituye su objeto únicamente con recursos de Equity, si tal ejecución le ocasionara pérdidas patrimoniales, tal circunstancia no la libera de cumplir a cabalidad con los Giros de Equity, con independencia de lo que esté afectando la posibilidad de alcanzar el resultado del Cierre Financiero. Esto, en el entendido de que Concesión Vial de los Llanos debe cumplir con su obligación de aportar los recursos de Equity sin perjuicio, como se analizará en otro apartado de este Laudo, de la eventual revisión del alcance del proyecto para mantener el equilibrio económico del contrato y el consecuente ajuste de los recursos de capital -Equity- efectivamente destinados al proyecto, versus los de Deuda, para mantener la proporción de apalancamiento a la que se comprometió el Concesionario y que es vinculante para ambas partes (66% Deuda – 34% Capital), o, si no resultare procedente, de las medidas que deban adoptarse ante la situación de inviabilidad financiera del Contrato debido a la imposibilidad de acceder a los recursos de Deuda para obtener el Cierre Financiero, por lo que también es procedente la Pretensión Cuadragésima de la demanda reformada, a la cual accederá el Tribunal.

6.3.7 Incumplimiento de la obligación de Giros de Equity

Como da cuenta el estudio anteriormente realizado, el Tribunal concluye que aunque existió una imposibilidad de acudir a la Banca como consecuencia de la reducción del volumen del tráfico, situación que ha valorado el Tribunal en otra sección respecto a su imprevisibilidad o no y la imposibilidad resultante en la acreditación del Cierre Financiero, las anteriores consideraciones permiten en todo caso concluir que dicha situación no exime a Concesión Vial de los Llanos S.A.S del cumplimiento de los Giros de Equity, puesto que corresponden a recursos de capital que no provienen de financiación de terceros prestamistas.

Tal como consta en la Parte Especial del Contrato de Concesión 004 de 2015, el tercer Aporte Equity debía hacerse a los 720 días de la suscripción del Acta de Inicio, plazo que

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

se cumplía el 29 de mayo de 2017. Frente a dicho incumplimiento, que fue alegado por la ANI en la Demanda de Reconvención Reformada, la Concesión Vial de los Llanos no aportó prueba alguna que, en sentido contrario, diera cuenta de su cumplimiento. Además, dado que cada uno de los Giros de Equity se certificaban por la Fiduciaria, por expresa disposición contractual, conforme al ordinal (d) de la cláusula 3.10 “*Giros Equity*”, Parte General del Contrato de Concesión No. 004 de 2015²⁴⁴, el Tribunal concluye que la Concesión Vial de los Llanos incumplió su tercer aporte de Giro Equity, sin estar eximido del cumplimiento por los argumentos esbozados respecto la imposibilidad de acceder a los recursos de la Banca por la disminución de los flujos del proyecto, en los términos explicados en los anteriores acápites.

Ahora bien, de acuerdo con el numeral 6.1 literal o) de la Parte Especial del Contrato de Concesión No. 004 del 2015, se impondrían Multas al Concesionario -Concesión Vial de los Llanos S.A.S.- en el evento de incumplimiento en los Giros de Equity, en un monto “*equivalente a setenta (70) salarios mínimos mensuales legales vigentes por cada Día transcurrido a partir de la fecha prevista para el cumplimiento de esta obligación*”. De este modo, quedó señalada en el Contrato la consecuencia derivada del incumplimiento en el Giro de Equity correspondiente. Por otro lado, el Acta de Entendimiento, suscrita por las partes el 28 de julio de 2017, a pesar de suspender el Periodo de Cura del Tercer Giro de Equity hasta el 22 de diciembre de 2017, si no se lograba antes un acuerdo conciliatorio entre las partes, ratificó el entendimiento de ambas partes de la vigencia de la obligación del Tercer Giro de Equity “*indexado al IPC del periodo junto con los rendimientos financieros que se hubieran generado desde el 29 de mayo de 2017 hasta el día que se efectúe el respectivo pago (...)*”.

Por las anteriores consideraciones es que el Tribunal declarará la improsperidad de la pretensión sexagésima quinta de la demanda reformada en donde se pide que se declare que la Concesión Vial de los Llanos ha dado cumplimiento a las obligaciones asumidas bajo el Contrato de Concesión y sus Otrosíes, particularmente en cuanto hace al cumplimiento de sus obligaciones de giros de Equity pues, tal como lo concluye el Tribunal, el Concesionario incumplió dicha obligación sin alegar razón suficiente que lo exonerara de su incumplimiento. Por el contrario, encuentra prospera el Tribunal la pretensión Décima de la Demanda en Reconvención reformada en el entendido de que se encuentra acreditado, por las razones dadas, que la sociedad Concesión Vial de los Llanos incumplió la obligación del tercer giro de Equity en los términos de la cláusula 3.10 de la Parte General del Contrato de Concesión y los apartes citados por el Tribunal que especifican dicha obligación. Por lo anterior, prosperará la pretensión tercera de condena de la Demanda de Reconvención Reformada en el sentido de condenar a la Concesión Vial de los Llanos al pago del Tercer Giro de Equity atendiendo lo pactado en el Acta de Entendimiento celebrada el 28 de julio de 2017. Por otro lado, y teniendo en cuenta lo que se ha mencionado respecto a las consecuencias contractuales previstas por las partes en el numeral 6.1. literal o) de la Parte Especial del Contrato de Concesión No. 004 de 2015, no prosperará la pretensión subsidiaria a la cuarta de condena de la Demanda de Reconvención Reformada, en tanto la consecuencia contractual asignada por las partes al incumplimiento en los Giros de

²⁴⁴ Cfr.: Contrato de Concesión No. 004 de 2015. Parte General, pg. 79. Cuaderno de Pruebas número 1, folio 74.

Equity no corresponde al pago de intereses moratorios, como lo solicita la demandante en reconvención en la pretensión citada.

Ahora bien, como conclusión de estos apartados que tratan las obligaciones de financiamiento y su ejecución, encuentra el Tribunal que la Concesión Vial de los Llanos S.A.S. incumplió su obligación de gestión y obtención del Cierre Financiero (pretensión novena de la demanda en reconvención) y de pagar los Giros Equity (pretensión décima de la demanda en reconvención).

Por lo anterior, no prospera la excepción de “Cumplimiento del Concesionario de todas sus obligaciones legales y contractuales” invocada por la Demandante en su contestación a la Demanda de Reconvención Reformada. Asimismo, no prospera la excepción formulada por la Demandante de “Inviabilidad de ejecución del Proyecto: la ocurrencia de hechos imprevisibles, la necesidad de revisión del contrato”.

6.3.8 Costo financiero pretendido por la ANI por el incumplimiento de las obligaciones de financiamiento

Ahora bien, frente a estos incumplimientos también solicita la Demandante en Reconvención la declaratoria de este Tribunal del reconocimiento de los perjuicios causados. En primer lugar, frente al incumplimiento de Concesión Vial de los Llanos en relación con la obtención del Cierre Financiero, la ANI solicita lo siguiente:

“1.9.1. PRIMERA CONSECUENCIAL A LA NOVENA PRINCIPAL. *Que se declare que como consecuencia de dicho incumplimiento la **SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS** obtuvo un mayor valor del dinero en el tiempo o rendimiento financiero de la inversión causando un perjuicio de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** consistente en el costo financiero de la inversión, en el evento en que no se ejecuta su objeto antes del veintidós (22) de diciembre del año en curso, atendiendo lo pactado en el Otrosí número 6 de 2016”.* (subraya fuera de texto)

Y en relación con el incumplimiento del Tercer Giro Equity, ya declarado por este Tribunal cuando evacuó la pretensión décima, solicita la demandante en reconvención lo siguiente en relacionado con los perjuicios:

“1.10.1 PRIMERA CONSECUENCIAL A LA DÉCIMA PRINCIPAL. *Que se declare que como consecuencia de dicho incumplimiento la **SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS** obtuvo un mayor valor del dinero en el tiempo o rendimiento financiero de la inversión causando un perjuicio de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** consistente en el costo financiero de la inversión.”* (subraya fuera de texto)

De las anteriores pretensiones consecuenciales (esto es, primera consecuencial a la novena principal y primera consecuencial a la décima principal) concluye el Tribunal que como perjuicio derivado del incumplimiento alega la ANI que existió un “*mayor valor del dinero en el tiempo o rendimiento financiero de la inversión*” que **obtuvo la Concesión Vial**

de los Llanos y que de éste, subsiguientemente y según dicha parte, se deriva un perjuicio a la demandante en reconvención que denomina como “*costo financiero de la inversión*”. Destaca el Tribunal que, de acuerdo con el planteamiento de la demandante en reconvención, esta pretende acceder a un resarcimiento en virtud de un rendimiento financiero que obtuvo una persona diferente a ella, es decir, la sociedad Concesión Vial de los Llanos S.A.S. Por otro lado, alega que este rendimiento financiero favorable de la Concesionaria le causó un perjuicio a ella, y que concreta en el costo financiero de la inversión. Anuncia desde ya el Tribunal, como el planteamiento lo deja ver, que no están llamadas a prosperar las pretensiones indemnizatorias de la ANI en el entendido de que la demandante en reconvención no logró probar que el rendimiento financiero de las inversiones a favor de la Concesión Vial de los Llanos —en el lenguaje de las pretensiones— le ocasionara a ella un perjuicio. En otros términos, no se encuentran probados los elementos de la existencia del daño, esto es su carácter personal, cierto y directo, que alega la ANI como producto del incumplimiento en la obtención del Cierre Financiero o del Tercer Giro de Equity.

En efecto, en este sentido señala la doctrina autorizada que:

“para que haya responsabilidad civil contractual o extracontractual es preciso que el demandante haya sufrido un daño. El simple hecho del comportamiento culposo del agente no genera por sí solo la responsabilidad civil (...)

“(...) por daño civilmente indemnizable entendemos el menoscabo de las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extra patrimonial (...) los primeros son el atentado al patrimonio económico de la víctima, mientras que los segundos están referidos a la lesión de bienes protegidos por el orden jurídico, pero que no tienen valor pecuniario alguno”²⁴⁵

Igualmente, el profesor Juan Carlos Henao aclara que son dos las condiciones de existencia del perjuicio, en el entendido de que “*para que el perjuicio pueda calificarse de tal, debe ser **personal y cierto**. Estas son las dos características que lo definen (...) el carácter personal del perjuicio estará presente cuando el demandante relaciona el daño padecido con los derechos que tiene sobre el bien que sufrió menoscabo, debiendo establecer una titularidad jurídica sobre el derecho que tiene respecto del bien menguado”²⁴⁶* (subraya y negrilla por fuera del texto). A este respecto, ha conceptualizado igualmente la jurisprudencia que respecto a los elementos necesarios para la atribución de responsabilidad civil contractual:

*“El daño es uno de los presupuestos estructurales de la responsabilidad, sin cuya **existencia y plena demostración** se desvanece, tanto que, resultaría innecesaria la verificación y análisis de sus restantes elementos porque, ante*

²⁴⁵ Tamayo Jaramillo, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. 2007. Segunda edición, corregida y aumentada. Legis: Bogotá Colombia, pg.248

²⁴⁶ El Daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Henao, Juan Carlos. 2007. Universidad Externado de Colombia: Bogotá, Colombia. pg.100 y pg.103.

*su ausencia no surge ninguna obligación indemnizatoria (...)*²⁴⁷ (negritas por fuera del texto).

Y en jurisprudencia del 4 de julio de 2002 dijo la Corte Suprema de Justicia reiterando lo que se viene diciendo en relación a que no es solo el incumplimiento lo que hace que surja una obligación de indemnización, que es preciso demostrar igualmente el daño causado y el nexo causal de este último con el primero:

*“Sabido es que para que la responsabilidad contractual se estructure, deben converger, entre otros, los siguientes requisitos: a) Liminarmente que se haya incumplido un deber contractual, ya sea porque no se ejecutó total o parcialmente la prestación debida, ora porque se ejecutó defectuosa o tardíamente; b) Que ese incumplimiento haya producido un daño, es decir, una lesión al patrimonio del actor y, c) Que exista un nexo de causalidad entre el primero y el segundo”*²⁴⁸.

De los apartes citados, doctrinales y jurisprudenciales, resalta el Tribunal que no cabe duda de que, para la configuración y procedencia de una pretensión indemnizatoria en virtud de un incumplimiento contractual, es necesario acreditar la existencia de éste, esto es, la infracción de una obligación, pero que esta condición no es suficiente para acceder a una pretensión de tal naturaleza. Por el contrario, el demandante deberá probar, además de la lesión de un deber contractual, la existencia y cuantía de un daño causado y que éste último, es decir, el daño, con las características de ser personal y cierto, le es imputable a dicho incumplimiento en virtud de un nexo causal igualmente probado.

El Tribunal recaba nuevamente en el hecho de que el proyecto Concesión Vial de los Llanos corresponde a una iniciativa privada, cuyos fundamentos jurídicos definen un marco conceptual propio. En primer lugar, se trae a colación que la inversión sería hecha por el concesionario por su cuenta y riesgo, incluido el aspecto financiero. El repago y retorno de la inversión requerida, se satisface a través de dos fuentes fundamentalmente: (i) el recaudo de peajes y (ii) la explotación comercial del proyecto. Entonces, el mayor costo financiero de la inversión, derivado del desplazamiento de la misma en el tiempo, no puede fáctica, ni jurídicamente endilgarse como pérdida patrimonial de la entidad (la ANI), ni considerarse como un perjuicio personal para ésta, directo, ni cierto, como corresponde a un daño indemnizable. En realidad, no puede derivarse del incumplimiento del tercer giro de Equity, como lo pretende la ANI, que se configuren todos los elementos para desprender de allí un daño para la entidad consistente en el mayor costo financiero. En efecto, la realización en el mismo tiempo por parte de la ANI, del proyecto que por la iniciativa privada de Concesión Vial de los Llanos iba a ser realizado y que, a la postre, no ha podido iniciarse, no es una circunstancia probada y ni siquiera argüida por la entidad estatal. Ahora, si el proyecto como fue concebido no pudiera realizarse por parte del originador, la virtualidad de que la ANI tenga que hacer el proyecto en un tiempo posterior (que daría soporte al desplazamiento de la inversión que funda el costo financiero al que aspiran las pretensiones

²⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de agosto de 2014. Ref. Exp. 11001310300319980777001. M.P: Margarita Cabello Blanco.

²⁴⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de julio de 2002. Ref. Exp. 6461. M.P.: José Fernando Ramírez Gómez.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

consecuenciales ahora en estudio), no permite tener el daño por cierto para la ANI, máxime cuando el aludido proyecto surge de una iniciativa privada y, por ende, no tenía la entidad (la ANI) preparados su conceptualización y trámite para que dicho proyecto fuera cumplido, lo que quita certidumbre al daño y desvirtúa, adicionalmente la existencia del nexo causal requerido.

En efecto, tampoco es posible predicar entre las vicisitudes acaecidas y el costo financiero derivado del desplazamiento de la inversión, un nexo causal directo, pues nada asegura, ni quedó probado, que la ANI deba hacer esas inversiones, en caso de emprender el proyecto con este u otro concesionario, ni que el impacto constituya un daño directo para la entidad. En realidad, el mayor costo financiero por el desplazamiento de la inversión en el tiempo, en un proyecto de iniciativa privada, a realizarse por cuenta y riesgo del concesionario - como ya se dijo-, y a ser remunerado principalmente con flujos provenientes de peajes, no constituye un daño directo para la entidad, máxime en cuanto la decisión arbitral no acarrea necesariamente la realización del proyecto por un tercero sino la persistencia en la estructuración del mismo por las mismas partes. Entonces, las consideraciones en las que podría sustentarse la estructuración de un daño financiero para la ANI por el desplazamiento del proyecto, carecen de fundamento jurídico por lo que las pretensiones consecuenciales no habrán de prosperar.

En relación con el elemento del daño se reitera, tal como los apartes doctrinales lo explican, que el demandante debía mostrar más específicamente que éste se encuentra probado en los dos elementos principales que determinan su existencia: su carácter cierto y personal. Ninguno de estos aspectos está acreditado en la controversia de la que trata este trámite.

De la mención del concepto “*costo financiero*” se desprende que la ANI aspira a contar como suyo lo correspondiente al valor del dinero en el tiempo relativo al monto de la inversión, que no pudiéndose hacer ahora por el originador, podrá tenerse que hacer más adelante. Sin embargo, esa aproximación carece en el trámite de la certeza que exige el daño indemnizable, especialmente porque el Tribunal no ordenará la terminación del Contrato con el Concesionario y porque el valor de la inversión está también supeditado a la realidad de los flujos que puedan volver a considerar las partes como factibles, para hacer un proyecto (su alcance y retorno) viable.

En este sentido, le asiste la razón a la demandada en reconvención, esto es, Concesión Vial de los Llanos S.A.S, cuando en la contestación a la Demanda en Reconvención Reformada interpuesta por la ANI señala, en la excepción “3.6 AUSENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE LAS CAUSAS QUE GENERARON UN DESPLAZAMIENTO DE LA EJECUCIÓN DE OBRA Y EL SUPUESTO PERJUICIO QUE RECLAMA ANI ADUCIENDO DESPLAZAMIENTO DE LA INVERSIÓN”, que la Agencia Nacional de Infraestructura no logró probar el “*nexo causal entre el presunto desplazamiento de la inversión que invoca y el perjuicio que afirma se le ha causado*”²⁴⁹. En efecto, tal como lo ha explicado ya este Tribunal, la ANI alega un costo financiero de una inversión que no se encuentra a su cargo, ni se trata de una obligación dineraria a su favor ni en un proyecto estructurado por la misma

²⁴⁹ Cfr. Contestación a la reforma de la Demanda de Reconvención presentada por la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI, pg. 94 y siguientes. Excepciones.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

ANI sino proveniente de una iniciativa privada, por lo que no acredita un nexo causal que permite al Tribunal un pronunciamiento en diferente sentido. Por el contrario, a esta conclusión se le suma el hecho de que el objeto de las obligaciones alegadas como incumplidas por Concesión Vial de los Llanos no se encontraba a favor de la Agencia Nacional de Infraestructura sino de un Patrimonio Autónomo. En efecto, la obligación de los Giros de Equity era de dar una suma de dinero **a favor** de un Patrimonio Autónomo (y a una cuenta cuyo beneficiario era el Concesionario mismo) y aquella del Cierre Financiero constaba como objeto una prestación de hacer, consistente en la suscripción de documentos que acreditaran la consecución de un monto mínimo de deuda proveniente de las fuentes de financiación. Agrega el Tribunal además que de los elementos probatorios adjuntados por la Agencia Nacional de Infraestructura no se desprende el hecho de que el desplazamiento en la inversión de recursos a la Cuenta Proyecto haya causado un detrimento patrimonial en contra de la Agencia Nacional de Infraestructura de forma tal que permita reconocer por parte de este Tribunal la configuración de un daño. En efecto, la ANI adjunta como prueba, para determinar el efecto del desplazamiento de la inversión sobre su patrimonio, el Dictamen Pericial de parte elaborado por la firma consultora E-Concept en donde se señala lo siguiente, en la sección titulada como “*Cuantificación del efecto de desplazamiento de la inversión*”:

*“Al aplicar esta metodología, cuyos cálculos se presentan en la tabla de abajo y se pueden consultar en el archivo “2018 03 01 – cálculos desplazamiento inversión.xls”, se encuentra que, desde un punto de vista económico y financiero, la pérdida de ingresos (VPIPS) **para la concesión**, resultante de desplazar dos años el Capex, se puede expresar de dos maneras:*

-En valor presente de diciembre de 2013, expresado en pesos constantes de diciembre de 2013, asciende a ciento cuarenta y cuatro mil treinta y dos millones de pesos (\$144,032 millones constantes de diciembre de 2013).

- En valor presente de enero de 2018, expresado en pesos constantes de enero de 2018, asciende a doscientos treinta y nueve mil noventa y cuatro millones (\$239,094 millones constantes de enero de 2018)²⁵⁰ (negrilla por fuera del texto)

Es claro que el cálculo de la pérdida de ingresos (VPIPS) “para la concesión” no permite dar cuenta de un menoscabo patrimonial de la Agencia Nacional de Infraestructura, que es quien reclama el daño y, de forma más importante aún, de su carácter personal, pues si algo deja claro el dictamen de parte es que la cuantificación de la demora en la inversión afectó, no el patrimonio de la ANI, sino el del Concesionario mismo. Por lo demás, señala el Tribunal que no se encuentra ningún elemento probatorio que permita dar cuenta de cómo la pérdida de ingresos (VPIPS) “para la concesión” implica un daño a la ANI predicable, como se solicita en las pretensiones primera consecuencial a la novena principal y primera consecuencial a la décima principal, como “*costo de inversión*”. Es por estas razones que lo que declarará el Tribunal es que no se probó uno de los elementos la responsabilidad civil, es decir, el daño y los elementos que permiten dar cuenta de su existencia.

²⁵⁰ Dictamen Pericial de parte “Concesión Vial de los Llanos S.A.S contrato de Concesión bajo el esquema APP No. 004 del 5 de mayo de 2015 vs. Agencia Nacional de Infraestructura”. Elaborado para: Agencia Nacional de Infraestructura. Elaborado por: EConcept AEI S.A.S., pg. 69 del dictamen. Cuaderno de Pruebas número 6, folio 75.

Entonces, por las razones aludidas tampoco prosperan las pretensiones segunda y cuarta de condena de la Demanda de Reconvención Reformada, ni las pretensiones primera consecuencial a la novena principal, ni la primera consecuencial a la décima principal de la demanda en reconvención reformada. Al respecto, se permite el Tribunal reiterar que si bien declaró que existió un incumplimiento esto no implica, por sí solo, que se declare a su vez la indemnización de perjuicios a favor de la parte cumplida. Por el contrario, y expuesto en términos más sucintos, el incumplimiento es una de las condiciones necesarias para el surgimiento de la obligación indemnizatoria de perjuicios más no, por sí sola, una condición suficiente para decretarla.

7 Modificaciones tarifarias

7.1 Las pretensiones de la Demanda Principal Reformada y de la Demanda de Reconvención Reformada

En la Demanda Principal Reformada se solicitó en relación con las modificaciones tarifarias:

“PRETENSIÓN SEXAGÉSIMA NOVENA.- Que se declare que el Ministerio de Transporte expidió la Resolución No. 00331 del 15 de febrero de 2017 "Por la cual se modifica parcialmente el artículo 3 de la Resolución 1130 de 2015 y se dictan otras disposiciones" por exclusiva solicitud de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI.

“PRETENSIÓN SEPTUAGÉSIMA.- Que se declare que con la expedición de la Resolución No. 00331 del 15 de febrero de 2017 por el Ministerio de Transporte, a solicitud de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI se modificó unilateralmente el Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, con la afectación grave de los ingresos del proyecto y en consecuencia con graves afectaciones al esquema financiero del Proyecto que constituye su objeto.”

En las pretensiones de la Demanda de Reconvención Reformada se solicitó:

“SEGUNDA. Que se declare que la imposibilidad temporal de implementación del esquema tarifario de la Resolución 1130 de 2015 es imputable a la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. como consecuencia de una deficiente socialización del mismo e incumplimiento del deber de planeación con relación a la viabilidad técnica y socioeconómica del proyecto.

“TERCERA. Que se declare que la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. incumplió con la obligación de socialización del esquema tarifario de la Resolución 1130 de 2015 con relación a los peajes Yucao y Casetaba pactada en la CLÁUSULA SEGUNDA del OTROSÍ NÚMERO 3 de fecha 2 de junio de 2016.

“CUARTA. Que se declare que como consecuencia de la implementación del esquema tarifario de la Resolución 1130 de 2015 resultante de la concertación con autoridades locales realizada únicamente por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA-ANI, no se configuraron los supuestos fácticos que ameritaran necesidad alguna de modificar las premisas de ejecución del contrato por lo que no se cumplió la condición para el nacimiento de la obligación de definir un caso base.

QUINTA. Que se declare que en cualquier caso las variaciones del esquema tarifario no configuran condición para la elaboración de un caso base al encontrarse previstas dentro del contrato, y al haberse asignado expresamente el riesgo tarifario.

“SEXTA. Que se declare que en cualquier caso, el diferencial tarifario derivado de la imposibilidad temporal de implementar la Resolución 1130 de 2015 por causas imputables a la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S y el incumplimiento de sus obligaciones de socialización, no forma parte del riesgo tarifario asignado a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA.

“SÉPTIMA. Que se declare que la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S está obligada a asumir el diferencial tarifario derivado del incumplimiento de sus obligaciones de socialización y la imposibilidad temporal de implementar la Resolución 1130 de 2015 por hechos imputables a ella.

“QUINTA DE CONDENA. Condénese a la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS al pago del valor correspondiente al diferencial tarifario dejado de recaudar como consecuencia de imposibilidad temporal de implementar la resolución 1130 de 2015 por hechos imputables al concesionario.

7.2 La posición de la Demandante

Expresa la Demandante que el Ministerio de Transporte expidió la Resolución 1130 de 2015, por la cual estableció las tarifas de peaje, y la Resolución 0052 del 8 de enero de 2016, por la cual se actualizaron. Agrega que el 15 de febrero de 2017, el Ministerio de Transporte, por expresa solicitud de la ANI, expidió la Resolución 0331 *“Por la cual se modifica parcialmente el artículo 3 de la Resolución 1130 de 2015 y se dictan otras disposiciones”*.

Destaca que la Resolución 0331 de 2017 fue expedida por el Ministerio de Transporte exclusivamente a solicitud de la ANI, como da cuenta la motivación expresa de la misma. Agrega que con la expedición de la Resolución 0331 de 2017, el Ministerio de Transporte, al atender la solicitud de la entidad contratante, modificó unilateralmente el Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, en cuanto hace a la oportunidad de recaudo por el Concesionario de los peajes contractualmente pactados. Agrega que, como se acredita con la sola comparación del contenido de los actos administrativos reseñados, tanto la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI como el MINISTERIO DE TRANSPORTE exceden su competencia para modificar unilateralmente el Contrato de

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, afectando la fórmula de recuperación de la inversión del Contratista Concesionario, sin que éste hubiera participado, siquiera sumariamente, en el trámite de esta modificación. Advierte que ninguna oportunidad de expresión, oposición u opinión tuvo el Concesionario respecto de esta decisión inconsulta de su contratante, que transgrede expresas prohibiciones legales (Ley 105 de 1993, artículo 30).

Agrega que no se trata aquí del riesgo tarifario asumido por la ANI en el Contrato de Concesión relacionado con su potestad de establecer y conceder tarifas diferenciales y concurrir a la respectiva compensación al Concesionario por ese hecho; de lo que aquí se trata es del desconocimiento por la ANI del acontecer contractual, de revertir su propio cumplimiento registrado ab initio, invocando como justificación el “malestar social”, riesgo estatal indelegable que, por lo mismo, le es enteramente asignado al ente público contratante desde la Ley, y por supuesto, desde el Contrato.

La aceptación del riesgo a cargo de la entidad estatal y la consciencia de la necesidad de compensarlo a través de los mecanismos del Contrato de Concesión, quedó evidenciada en el testimonio del Ing. Luis Eduardo Gutiérrez – Gerente de la ANI, hoy Vicepresidente de Gestión Contractual.

Advierte que es claro que el riesgo tarifario se encuentra a cargo de la entidad estatal. Tanto es así que el testigo argumenta que la entidad no ha efectuado la compensación al particular por una supuesta falta de solicitud de reconocimiento del diferencial tarifario o por lo menos no la conoce porque pudo haber llegado a la ANI, pero a otra gerencia, lo cual resulta inadmisibles a la luz de la gestión contractual que le asiste a la entidad.

Por lo anterior, considera que se desvirtúa cualquier pretensión de la entidad estatal relacionada con la modificación al esquema tarifario, y se evidencia la mala fe contractual de ella, toda vez que el Concesionario ha presentado de forma continua y permanente las actas de cálculo de la compensación por riesgo de menor recaudo en los términos previstos por el Contrato de Concesión No. 004 de 2015.

Añade que al suscribir el Contrato de Concesión No. 004 de 2015, la ANI declaró y garantizó “(vi) Que cuenta con todos los permisos y autorizaciones para la cesión de los derechos de recaudo de los peajes contemplados en la ingeniería financiera del Proyecto, tanto los peajes existentes como los proyectados en la iniciativa o propuesta del Concesionario, así como para la actualización y ajuste de tarifas de conformidad con lo contemplado en la iniciativa privada y en el presente Contrato”.

Expresa la Demandante que las obligaciones de socialización, implantación e implementación del esquema tarifario del proyecto, previas a la celebración del contrato, son enteramente a cargo del ente público contratante, puesto que el originador no cuenta con título jurídico alguno para adelantar la socialización de tarifas de un proyecto que se encuentre en estructuración, y cuya ejecución no le ha sido encomendada como contratista, máxime si el esquema tarifario del proyecto no se encontraba definido y era precisamente la ANI quien debía evaluarlo y tramitarlo ante el Ministerio de Transporte, entidad a quien se le encomendó legalmente la facultad de regular las tarifas de peaje en las vías

nacionales. Expresa que no es cierto, como pretende el apoderado de la entidad estatal, que la ley imponga ese tipo de compromisos, razón por la cual no acierta a identificar la normativa —y mucho menos el clausulado contractual- que contenga tal obligación, porque no existe. Advierte que si bien la resolución 730 de 2012, por la cual la ANI otorgó concepto favorable, requiere al concesionario un análisis de la situación social, ello se limita a informar y acercar el proyecto a la comunidad, sin que tal requerimiento tenga el alcance que plantea el apoderado y no reemplaza la obligación de planeación de la entidad en el tema tarifario.

Señala la Demandante que el artículo 24 del Decreto 1467 de 2012 impone a la entidad estatal la obligación de convocar dentro del mes siguiente a la entrega en etapa de factibilidad a los terceros y autoridades competentes que puedan tener interés en el proyecto a una audiencia pública para recibir las sugerencias y comentarios sobre el mismo, en especial lo relacionado con el esquema tarifario, proceso que se surtió.

Agrega que, por oficio del 6 de mayo de 2016, la ANI solicitó al concesionario que se mantuvieran temporalmente las tarifas que se venían aplicando. Afirma la Demandante que esta decisión no la adopta una entidad si no existen elementos para configurar un riesgo a su cargo.

En cuanto a la tercera pretensión de la Demanda de Reconvención Reformada expresa la Demandante que carece de sustento, para lo cual señala que está acreditado el cumplimiento de su obligación de socialización en la resolución 1130 de 2015, como en las que le sucedieron y en el Otrosí No. 3.

Añade que de la cláusula 2º del Otrosí No. 3 se desprende que es claro que existe el deber de surtir un proceso de socialización del esquema tarifario que debe implementarse, sin que el mismo haya sido asumido por el concesionario, y destaca que era obligación de la entidad entregar al Concesionario para su operación las estaciones de peaje. La socialización no era obligación precontractual del concesionario y no la asumió por el Otrosí No. 3, la cual estaba a cargo de la entidad y del Ministerio de Transporte.

En cuanto a la pretensión cuarta de la Demanda de Reconvención Reformada, sostiene la Demandante que no puede prosperar por cuanto carecen de veracidad sus fundamentos fácticos. En efecto, el apoderado de la ANI reconoce la implementación del esquema tarifario de la Resolución 1130 de 2015 y señala que se realizó "*únicamente*" —lo que es falso- por la Agencia Nacional de Infraestructura — ANI, como por demás era su deber legal respecto del contenido del acto administrativo en cita. La consecuencia lógica, natural y legal es que cualquier yerro ocurrido durante esa actividad y las consecuencias nocivas de la misma, solo le son imputables a quien reconoce haberla ejecutado, esto es, la entidad contratante.

7.3 La posición de la Demandada

Afirma la Demandada que en el Capítulo XIII de la Parte Especial del Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 004 de 2015, referente a la "*Ecuación Contractual y Asignación de Riesgos*", se asigna a la ANI el riesgo de los "*efectos desfavorables de modificaciones*

a las tarifas previstas en la Resolución de Peaje, la implementación de tarifas diferenciales en las Estaciones de Peaje existentes y/o nuevas Estaciones de Peaje”.

Agrega que es el mismo contrato el que establece la fórmula de compensación a la que habrá lugar si es que efectivamente se exige su aplicabilidad por el concesionario.

Por ello afirma que la administración no usó sus herramientas de modificación contractual como equivocadamente lo expone la Demandante. Claramente, la situación de disminución tarifaria no puede verse como un evento que encaje como ius variandi o hecho del príncipe. No existe un acto administrativo de la ANI que imponga unas condiciones contractuales abusivas diferentes a las pactadas, y en todo caso, lo ocurrido no afecta negativamente el contrato, pues se trata de una eventualidad que está regulada en materia de riesgos por el contrato, asignándosela a la contratante.

Advierte que a pesar de estar definida la compensación por diferencial tarifario a cargo de la ANI, la misma no es procedente dado que los testimonios de la Ing. Marta Castellanos, de la Dra. Poldy Osorio, y del Ing. Luis Eduardo Gutiérrez, confirman lo manifestado por la entidad y corroborado con los documentos aportados como pruebas, en el sentido de que el Concesionario no participó del proceso de socialización del proyecto y de su estructura tarifaria, adelantado con el apoyo de la Gobernación del Meta y las alcaldías municipales, que permitieron que en un momento se lograra implementar la estructura tarifaria del proyecto, pero que ante el incumplimiento del Concesionario al no iniciar las actividades de obra, generaron que la comunidad se sintiera burlada en los compromisos y se generara nuevamente una reducción de tarifas en las estaciones de peaje del proyecto.

7.4 Concepto del Ministerio Público

Señala el Ministerio Público que hay evidencia de que tanto el originador-concesionario como la ANI adelantaron actividades tendientes a socializar con la comunidad el esquema tarifario de la concesión tanto de manera previa al inicio del Contrato, como posteriormente por cuenta de la suscripción del Otrosí No. 3 al Contrato de Concesión, por lo que no parece evidente, a lo sumo desde las pruebas documentales y testimoniales que reposan en el expediente, que hayan desatendido esta obligación, por manera que las consecuencias de las dificultades en la implementación del esquema tarifario deberán sujetarse a la distribución de riesgos contractuales y sus mecanismos de compensación.

Expresa que del texto del Contrato no puede advertirse que la socialización del esquema tarifario comporte obligaciones de resultado y, en esa medida, solo tendrá que demostrarse la diligencia media del deudor prestacional (en este caso ambas partes del negocio), para efectos de tener acreditado el cumplimiento de la obligación, lo cual ocurre en el presente evento y, en esa medida, no podría considerarse la existencia de una responsabilidad contractual de alguno de los sujetos negociales por este asunto.

Agrega que revisados los argumentos expuestos por las partes, debe señalarse que no se advierte en la actuación de la ANI, en punto de sus actividades relacionadas con la estructura tarifaria del proyecto, ninguna actitud arbitraria o, en general, contraria al orden jurídico, tal como lo sugiere la parte actora y, por el contrario, observa que las mismas

obedecen a una realidad que se presentó en la zona de influencia del proyecto que motivó que la comunidad y los líderes políticos de la zona se opusieran a la implementación de la tarifas, de lo cual hay suficiente prueba documental y testimonial en el proceso.

Manifiesta que, descartada una actitud arbitraria de la ANI, debe acudir a la sección 13.3 (e) del Contrato de Concesión. De esta manera concluye que puede presentarse una modificación del régimen tarifario contractual, sin que ello comporte una modificación unilateral del contrato, pues existe un pacto previo habilitante de tal circunstancia.

7.5 Consideraciones del Tribunal

Lo primero que debe señalar el Tribunal es que el Contrato estableció expresamente cuál sería la estructura tarifaria en la concesión. A tal efecto, en el numeral 4.2 de la Parte Especial del mismo se estipuló la estructura tarifaria haciendo referencia a la Resolución No. 1130 de 2015 del Ministerio de Transporte. Asimismo, en dicha estipulación contractual se previó la forma como se ajustaría el valor de las tarifas diferenciales.

Ahora bien, por medio de la Resolución 1130 del 28 de abril de 2015 expedida por el Ministerio de Transporte, *“se emite Concepto Vinculante previo al establecimiento de una estación de Peaje denominado El Cairo y sus puntos de control de acceso, y se establecen las tarifas a cobrar en las estaciones denominadas El Cairo, Iracá, Ocoa, La Libertad, Casetabla y Yucao que formarán parte del Proyecto Vial de Iniciativa Privada Malla Vial del Meta I.P. Malla Vial del Meta”*.

A tal propósito, en dicha resolución se expresó:

“CONSIDERANDO

“(…)”

“Que dentro de la estructuración financiera del Proyecto se contempla como única fuente de retribución para el Concesionario, el recaudo de peajes una vez se cumplan los requisitos que se establecen en el capítulo III de la minuta del contrato de concesión, razón por la cual se requiere tener certeza sobre la viabilidad técnica de la instalación de la nueva caseta de peaje, así como de las tarifas que serán cobradas.

“(…)”

“Que las tarifas son el resultado de un estudio de tráfico específico realizado para el proyecto, para determinar los ingresos dentro del modelo financiero de estructuración de la concesión sin recursos del Estado, constituyéndose en el parámetro principal para la obtención de la viabilidad financiera del mismo.

“(…)”

“RESUELVE

“(…)”

ARTÍCULO TERCERO. Establecer las siguientes categorías vehiculares y tarifas que podrá cobrar el Concesionario a partir de la Fecha de Inicio del Contrato de Concesión, a todos los usuarios en las estaciones de peaje de Iracá, Ocoa, La Libertad, Casetabla y Yucao. De conformidad con el contrato de concesión que se suscribirá como consecuencia del trámite que ha surtido

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

la Iniciativa Privada “I.P. Malla Vial del Meta” en el marco de la ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios, la Fecha de Inicio corresponde al día siguiente a la fecha en que las partes suscriban el Acta de Inicio de ejecución del Contrato o el día siguiente a la fecha en que la ANI imparta la Orden de Inicio de ejecución del Contrato. La estructura tarifaria se expresa en pesos de enero del año 2015, para establecer la tarifa que será cobrada ésta deberá ser indexada mediante el IPC al mes en que la estación de peaje respectiva entre en operación:

“(…).

“PARÁGRAFO 4: Las tarifas de peaje de que trata el presente artículo se actualizarán cada año de acuerdo a lo establecido en la minuta del contrato de concesión que se derive como consecuencia del trámite de la Iniciativa Privada presentada por el originador Grupo Odinsa S.A., posteriormente Estructura Plural AUTOPISTAS DEL META y deberán ser ajustadas a la centena más cercana con el fin de facilitar el recaudo por parte del Concesionario.

“ARTÍCULO CUARTO: Establecer las tarifas diferenciales para los siguientes peajes y beneficiarios para la categoría I (Automóviles, camperos, camionetas y microbuses con ejes de llanta sencillo:

“(…)”²⁵¹(se subraya).

Ahora bien, consta en el expediente²⁵² que el 9 de junio de 2015 se firmó el Acta de Inicio y se empezó el cobro de las tarifas establecidas en la Resolución 1130 de 2015. Sin embargo, la comunidad manifestó inconformidades con las tarifas autorizadas, lo que dio lugar a que se realizara una reunión el 19 de junio de 2015 en la ANI en la que participaron autoridades de la región y el Concesionario. En el Acta respectiva se expresó²⁵³ que el objetivo de la reunión era “[d]iscutir con líderes políticos de la región las nuevas tarifas implementadas en los peajes Yucao y Casetabla de la vía Puerto López- Puerto Gaitán que hacen parte de la concesión Malla Vial del Meta”.

Asimismo, en dicha acta se deja constancia de lo siguiente:

“Se escuchan los argumentos de los líderes políticos de la región y representantes de las comunidades de Puerto López y Puerto Gaitán, sobre el Inconformismo por el incremento de las tarifas en los peajes Yucao y Casetabla desde el inicio de la concesión Malla Vial del Meta. Argumentan deficiente socialización y carencia de concertación de las tarifas con la comunidad. Igualmente que el Incremento se considera desbordado y que debe ser menor y gradual.

“Se llega al acuerdo de desmontar provisionalmente las nuevas tarifas a partir del día de mañana, sábado 20 de junio, y de mantener durante un plazo de 10 días las tarifas que estaban vigentes antes del inicio de esta nueva concesión. Durante este periodo, el concesionario se compromete a realizar amplias jornadas de socialización de estos peajes con el objetivo de llegar a un acuerdo con la comunidad de estos dos municipios y establecer la estructura tarifaria

²⁵¹ Folios 27 a 39 del Cuaderno de Pruebas número 2.

²⁵² Ver el Acta en el CD que obra a folio 7 del Cuaderno de Pruebas número 1. Así mismo, la comunicación del 27 de noviembre de 2015 dirigida por la ANI al Concesionario, folio 59 del Cuaderno de Pruebas número 2.

²⁵³ Folio 45 del Cuaderno de Pruebas número 2.

que acoja tanto la disponibilidad de pago de la comunidad como las obligaciones financieras de la concesión” (se subraya).

Es pertinente señalar que dicha acta aparece firmada tanto por funcionarios de la ANI como por el gerente de la Concesionaria.

Igualmente, aparece acreditado que el Concesionario decidió suspender la aplicación de las tarifas establecidas en la Resolución 1130 del 28 de abril de 2015, mientras se elaboraba una nueva propuesta de tarifas para la comunidad²⁵⁴.

Adicionalmente, en el expediente obra constancia de las reuniones realizadas a partir de ese momento con la comunidad con participación del Concesionario. Así ocurre con las dos reuniones realizadas el 11 de noviembre de 2015 en Puerto Gaitán²⁵⁵. En las actas de dichas reuniones se da cuenta de lo ocurrido en el sentido que se informó sobre la estructura tarifaria y las tarifas diferenciales, así como la presentación de solicitudes de obras por parte de la comunidad. En el acta se expresa que la comunidad sigue en la posición de mantener congeladas las tarifas de los peajes hasta que se concierten las obra solicitadas.

Por comunicación del 27 de noviembre de 2015, dirigida por la ANI al concesionario²⁵⁶, la entidad estatal hizo referencia a los anteriores hechos, señaló que el concesionario decidió suspender la aplicación de las tarifas establecidas en la Resolución 1130 de 2015 mientras se elaboraba una nueva propuesta de tarifas para la comunidad, y le solicitó a este último *“generar las acciones necesarias para subsanar las situaciones presentadas y de esta forma lograr el adecuado y normal desarrollo del Contrato No. 004 de 2015 el cual incluye que se dé cumplimiento a lo señalado en la Resolución No. 1130 del 28 de abril de 2015 y de las variables indispensables en un contrato de concesión como son: el objeto, alcance, valor, ecuación contractual y en general todos los compromisos contractuales que se derivaron del mismo”*.

Por comunicación del 16 de diciembre de 2015²⁵⁷, el concesionario hizo referencia a la negociación del Otrosí No. 3 y señaló que se había trabajado con la comunidad para encontrar un esquema tarifario que permitiera el cambio de tarifas en forma gradual, por lo cual presentó a la ANI un esquema tarifario. Así mismo entregó como soporte: videos, actas y relación de asistentes a las reuniones de trabajo realizadas.

Es pertinente además señalar que en la comunicación de la Interventoría del 11 de mayo de 2016 dirigida a la ANI²⁵⁸, se señala que el Concesionario realizó reuniones de socialización los días 12 de enero de 2015, 17 de junio de 2015, 18 de junio de 2015, 26 de junio de 2015, 1 de julio de 2015, 10 de julio de 2015 y 11 de noviembre de 2015.

²⁵⁴ Ver en tal sentido comunicación del 27 de noviembre de 2015 dirigida por la ANI al Concesionario, folio 59 del Cuaderno de Pruebas número 2.

²⁵⁵ Folios 49 y 54 del Cuaderno de Pruebas número 2.

²⁵⁶ Folio 59 del Cuaderno de Pruebas número 2.

²⁵⁷ Folio 62 del Cuaderno de Pruebas número 2.

²⁵⁸ Folio 91 del Cuaderno de Pruebas número 2.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

Ahora bien, el 17 de mayo de 2016²⁵⁹ los alcaldes de Puerto López y Puerto Gaitán remitieron una comunicación a la ANI manifestando su voluntad de concertar el proyecto. El 31 de mayo de 2016 la Gobernadora del Meta y los alcaldes mencionados remitieron otra comunicación en el mismo sentido.²⁶⁰

Aparece acreditado en el expediente que, con posterioridad, se citó para una reunión de socialización el 12 de julio de 2016, para la cual el Concesionario envió las invitaciones respectivas, según se informa en una comunicación del 1º de julio de 2016 que aparece en la correspondencia que reposa en el expediente²⁶¹. Dicha reunión fue cancelada por la ANI mediante comunicación del 8 de julio de 2016 por la necesidad de atender las reuniones correspondientes al paro camionero. Finalmente, por comunicación del 10 de agosto de 2016²⁶² la ANI manifestó al Concesionario que “[e]l pasado 27 de julio se efectuaron las correspondientes socializaciones en los municipios de Puerto López y Puerto Gaitán, con la presencia de la Gobernadora del Meta y los Alcaldes correspondientes, encontrando disposición de los asistentes a la aplicación de las tarifas plenas contractuales, y contando con el apoyo de todos los mandatarios.” Señaló igualmente que “[p]or todo lo anterior y luego se (sic) surtir el proceso de socialización y contando con el apoyo de los alcaldes y gobernadores, es claro que se ha dado vía libre a la aplicación de las tarifas contractuales en los peajes Yucao y Casetable de acuerdo a la Resolución 1130 de 2015 y por lo tanto se solicita a ustedes el cobro de las mismas a partir de las 00 horas del jueves 11 de agosto de 2016”.

Es pertinente destacar que en esta comunicación la entidad estatal no reclama por el hecho de que el Concesionario no haya asistido a la reunión.

De esta manera, el cobro de las tarifas contractuales se debió reiniciar de 11 de agosto de 2016.

Por comunicación del 14 septiembre de 2016²⁶³, dirigida al Concesionario por la ANI, se señala que “desde el pasado 11 de agosto, se ha venido realizando el cobro de tarifas contractuales, circunstancia por la cual esta Agencia solicita Concesionario proceder de manera inmediata a dar cumplimiento al Contrato de Concesión y sus Otrosíes, en especial a lo acordado en el otrosí No. 3 suscrito el 2 de junio de 2016, mediante el cual se otorgó una prórroga de ciento ochenta (180) días para la etapa de Preconstrucción, 90 días para socialización y 90 días para la obtención del cierre financiero”.

Ahora bien, con posterioridad se expidió la Resolución 331 del 15 de febrero de 2017 por el Ministerio de Transporte con base en una solicitud presentada por la ANI, tal como se desprende de su texto²⁶⁴.

²⁵⁹ Folio 106 del Cuaderno de Pruebas número 2

²⁶⁰ Folio 108 del Cuaderno de Pruebas número 2

²⁶¹ DVD que obra a folio 17 del Cuaderno de Pruebas número 1.

²⁶² Folio 111 del Cuaderno de Pruebas número 2.

²⁶³ Folio 112 del Cuaderno de Pruebas número 2.

²⁶⁴ Folios 195 a 199 del Cuaderno de Pruebas número 2.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

En dicha resolución se decidió “[m]odificar parcialmente el artículo 3 de la Resolución 001130 de 2015, en el sentido de ajustar el esquema tarifario para las estaciones de peaje de Casetabla y Yucao ...”²⁶⁵. En el mencionado acto administrativo se expresó:

“El presente esquema tarifario se actualizará anualmente con el IPC y se mantendrá hasta el momento en que se suscriba la respectiva Acta de Inicio de la etapa de construcción prevista en el Contrato No. 004 de 2015, momento partir del cual se empezará a efectuar el recaudo y (sic) condiciones previstos por la Resolución 001130 de 2015.”

Agregó la Resolución que “[p]ara las estaciones de peaje Iraca, La Libertad y Ocoa el valor de las tarifas de peaje que se cobrarán serán las establecidas en las Resoluciones 001130 de 2015 y 3126 de 2014 incrementadas con el IPC” y “[e]l incremento adicional al IPC de que trata el contrato 004 de 2015, sólo se cobrará cuando se dé inicio a la etapa de construcción de las unidades funcionales contempladas en el Contrato No. 004 de 2015”.

Ahora bien, como fundamento de dicha Resolución, en los respectivos considerandos el Ministerio hizo referencia a la solicitud de la ANI y a tal efecto señala:

“Que la Agencia Nacional de Infraestructura ANI manifiesta:

“1. Conforme con la Resolución 1130 del 28 de abril de 2015, una vez suscrita el Acta de Inicio del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, la Concesión Vial de los Llanos S.A.S actualizó la estructura tarifaria en las estaciones de peaje sobre las cuales tenía injerencia...”

“2. Igualmente indica que el resultado de la aplicación de la Resolución 1130 del 28 de abril de 2015, se presentó inconformidad de los habitantes de Puerto López y Puerto Gaitán amenazando con la toma de medidas de hecho y obstaculizando la implementación del esquema tarifario de la resolución antes mencionada, generando que se mantuvieran las tarifas anteriores para las estaciones de peaje de Casetabla y Yucao.

“3. Que la Agencia Nacional de Infraestructura acompañó a la Concesión Vial de los Llanos S.A.S., en varias mesas de trabajo con las autoridades municipales, dirigentes regionales, delegados de las comunidades y empresas de transporte de Puerto López y Puerto Gaitán con el fin de lograr un acuerdo que permitiera actualizar tanto la categorización de estas estaciones de peaje como el valor de la tarifa, situación que no pudo ser concertada, razón por la cual se mantuvo la estructura tarifaria del INVIAS en los peajes Casetabla y Yucao.

“4. Continúa manifestando que con el fin de ejecutar la totalidad del proyecto de Concesión con la colaboración de las Alcaldías de Puerto López y Puerto Gaitán y la Gobernadora del Meta, se realizó socialización en los Municipios de Puerto López y Puerto Gaitán de las tarifas de peaje para las estaciones de peaje Yucao y Casetabla definidas en la Resolución No. 1130 del 28 de abril de 2015 y a partir del 11 de agosto de 2016 se inició el recaudo de peaje en estas estaciones conforme a lo definido en la mencionada Resolución.

²⁶⁵ Folio 195 del Cuaderno de Pruebas número 2.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

“5. Afirma que de conformidad a lo descrito en el párrafo que antecede y pese a que el Acta de Inicio del Contrato de Concesión No. 004 de 2015, fue suscrita el día 9 de junio de 2015, solo hasta el 11 de agosto de 2016, se logró que las comunidades beneficiarias del Proyecto comenzaran a efectuar el pago de las tarifas señalados por la Resolución 1130 de 2015, como fuente financiación del Contrato de Concesión No. 2013.

“6. Que la Concesión Vial de los Llanos SAS a cargo del proyecto ‘IP malla vial del Meta’ ha manifestado a la Agencia Nacional de Infraestructura, que como consecuencia de disminución del tráfico de vehículos de carga por la caída de los precios del petróleo, se ha configurado un presunto desequilibrio financiero en su contra, motivo por el cual no le ha sido posible obtener los préstamos para el cierre financiero y decidió convocar en el mes de diciembre del 2016 un Tribunal de Arbitramento para que resuelva esta controversia.

“7. Además afirma que el día 21 de diciembre de 2016 se suscribió el otrosí No. 6 al Contrato de Concesión No. de 2015, en el que se adoptaron una serie de determinaciones transitorias tendientes a evitar la paralización de la ejecución del Proyecto, entre tanto se emita pronunciamiento por parte del Tribunal de Arbitramento que resuelva la controversia contractual suscitada entre las Partes; decisiones dentro de las cuales se encuentra la ampliación de la etapa de preconstrucción del proyecto.”

Indica la Resolución que la ANI precisa que de acuerdo con la Resolución 1130, las tarifas se actualizan cada año de acuerdo con lo establecido en la minuta del Contrato de Concesión y que así mismo la ANI expresa:

“11. Que ante la imposibilidad de dar inicio a la ejecución la totalidad de las Obras contempladas en el Contrato de Concesión No. 004 de 2015, se hace necesario, a partir de la publicación del presente acto administrativo, para las estaciones de peaje de Yucao y Casetabla no aplicar el cobro de la tarifa contemplada en la Resolución 001130 de 2015, el incremento adicional al IPC de que trata el contrato 004 de 2015 y más bien establecer que en las mismas se cobrará el valor de tarifa de peaje que se recaudaba antes del 11 de agosto de 2016 más IPC. Así como el no cobro a partir de la fecha de la publicación del presente acto administrativo del aumento señalado para el año 2017, equivalente a un 10% por encima del IPC para las categorías 3 a la 7 en los peajes de: Ocoa, Iraca, Libertad, prevista en el Contrato de Concesión No. 004 de 2015.

“12. La comunidad, líderes cívicos y mandatarios del Departamento del Meta han manifestado su inconformismo por el no inicio de las obras por parte del concesionario que se esperaba para enero del 2017 y el descontento en continuar pagando tarifas elevadas de peajes cuando no se están ejecutando obras o intervenciones relevantes dentro del proyecto. Por lo tanto, durante los últimos días se han llevado reuniones con autoridades departamentales y locales del Meta con el objeto de socializar las medidas transitorias a ser adoptadas en beneficio de las comunidades, ante la no realización de las obras. “En este sentido, las medidas a implementar son un mecanismo para mitigar la materialización de un riesgo social que conlleve a mayores impactos

desfavorables para el proyecto, como la no instalación de las estaciones de peajes nuevas y el no incremento de tarifas de manera permanente, comprometiendo eventualmente la viabilidad del proyecto.”

Añade el Ministerio de Transporte:

“Que conforme a lo anterior la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI remite al Ministerio de Transporte el proyecto de resolución modificando parcialmente el artículo 3 de la Resolución 1130 de 2015.”

Es pertinente señalar que en la misma resolución se expresa “[q]ue el contenido de la Resolución, fue publicado en página de la Agencia Nacional de Infraestructura —ANI a partir del 13 de febrero de 2017, en cumplimiento a lo determinado en el numeral 8 del artículo 8 de la Ley 1437 de 2011, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas”.

Desde esta perspectiva encuentra el Tribunal lo siguiente:

De conformidad con el texto del Contrato, las tarifas previstas en el mismo deberían aplicarse a partir del Acta de Inicio. Así, además, lo había señalado la Resolución 1130 de 2015 del Ministerio de Transporte que expresamente indicó que dichas tarifas se podían cobrar “a partir de la Fecha de Inicio del Contrato de Concesión”. Ahora bien, es claro que ello inicialmente no se pudo hacer, y el Concesionario aceptó continuar aplicando las tarifas anteriores, para acordar con la comunidad un nuevo esquema tarifario. En todo caso, la comunidad aceptó las tarifas y a partir del 11 de agosto del año 2016 las mismas se cobraron. Sin embargo, por la Resolución 331 del 15 de febrero de 2017 se modificaron tales tarifas y su ajuste.

Es pertinente destacar que a este efecto se invocó que no se habían comenzado las obras, pero no se invocó un incumplimiento del Contrato por parte del Concesionario.

Ahora bien, en las pretensiones de la Demanda de Reconvención Reformada se solicitó que se declarara que la imposibilidad temporal de implementación del esquema tarifario de la Resolución 1130 de 2015 es imputable a Concesión Vial de Los Llanos S.A.S. como consecuencia de una deficiente socialización del mismo y del incumplimiento del deber de planeación.

Lo anterior impone determinar si el Concesionario actuó correctamente respecto de tales compromisos, tanto durante la etapa previa a la celebración del Contrato de Concesión como durante su ejecución.

Lo primero que debe observarse es que no está acreditado que, durante la etapa previa a la celebración del Contrato, el Concesionario tuviera una obligación de socializar las tarifas. En efecto, no encuentra el Tribunal ninguna disposición que establezca dicha obligación. Es claro que para presentar su propuesta el originador debe cumplir con el deber de planeación y por ello debe estimar el valor de las tarifas que deben cobrarse, pero dicho deber en sí mismo no implica socializar las que finalmente se establezcan y cuya adopción

dependerá de la selección de la oferta y de la expedición de los actos administrativos correspondientes.

Ahora bien, en cuanto al Contrato, encuentra el Tribunal que en el mismo no se hace referencia explícita a la socialización de las tarifas de peajes. En todo caso en la cláusula 8.1. de la Parte General del Contrato se hace referencia a la gestión social y se establece que *“La Gestión Social y Ambiental requeridas para la ejecución de las Intervenciones estará a cargo del Concesionario quien desarrollará dicha labor atendiendo en un todo la distribución de obligaciones y responsabilidades establecidas en los Apéndices Técnicos 6 y 8 del presente Contrato...”*.

La palabra “Intervención”, está definida en el numeral 1.84 de la Parte General del Contrato el cual señala que *“Tendrá el alcance establecido en el Apéndice Técnico 1.”* Dicho Apéndice define “Intervención” en el numeral 4.1 de la siguiente forma: *“En general, se entiende como Intervención toda Obra de Construcción, Rehabilitación y/o Mejoramiento necesaria para el cumplimiento de las obligaciones del Concesionario. Así también, se entenderá como Intervención, la provisión e instalación de equipos y señalización en el Proyecto”*.

Por consiguiente, a la luz del texto del Contrato la gestión social que debía desarrollar el Concesionario era toda aquella correspondiente a las obras que debía realizar y a la provisión e instalación de equipos y señalización del Proyecto. Es decir que dentro de la gestión social no se encontraba incluida expresamente la socialización de los peajes.

En todo caso ha de observarse que en la reunión realizada con la comunidad el 19 de junio de 2015 el *“concesionario se compromete a realizar amplias jornadas de socialización de estos peajes”*.

Adicionalmente, las partes celebraron el Otrosí No. 3, en cuyos considerandos expresaron:

“28. Que con el fin de socializar nuevamente la estructura tarifaria, su fórmula de indexación y la implementación de las tarifas para las estaciones de Peaje de Yucao y Casetabla, las partes con el acompañamiento de la Gobernación del Meta y las Alcaldías de Puerto López y Puerto Gaitán, presentarán a la comunidad el esquema tarifario contractual contemplado en la resolución 1130 de 2015.” (se subraya)

Como consecuencia de lo anterior, en el Otrosí No. 3 se pactó en la cláusula segunda que dentro *“de máximo los noventa (90) días siguientes a la firma del presente otrosí, deberá surtir el proceso de socialización del esquema tarifario de la resolución 1130 de 2015 con sus fórmulas de indexación en las estaciones de peaje de Yucao y Casetabla, así como su definición e implementación”*.

Es importante destacar que dicha estipulación contractual no le impuso a ninguna de las dos partes en particular la obligación de realizar dicha socialización. Para el Tribunal es claro que, si se hubiera querido que la obligación estuviera exclusivamente a cargo del

concesionario, así se hubiera estipulado. A lo anterior se agrega que en los considerandos del Otrosí No. 3 se señaló que dicha actividad sería desarrollada por las partes.

De esta manera, la obligación de socialización es compartida.

Ahora bien, para establecer si existió o no incumplimiento de esta obligación, es necesario determinar si la misma es de medio o de resultado. Si bien esta distinción es propia del derecho privado, la jurisprudencia contencioso administrativa ha admitido la posibilidad de su aplicación a otros ámbitos²⁶⁶.

Uno de los criterios clásicos de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado toma en consideración la aleatoriedad del resultado esperado, así lo consagran, entre otros, los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010²⁶⁷. Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia, en providencia del 5 de noviembre de 2013, expresó²⁶⁸:

“En la actualidad, como un desarrollo de las ideas antes esbozadas y sin perjuicio de que se puedan considerar varios factores para adoptar la determinación respectiva (cfr. art. 5.1.5. de los Principios Unidroit), el criterio más aceptado para distinguir uno y otro tipo de obligación se encuentra en la incidencia que en el concepto de cumplimiento pueda tener el que con la conducta debida se realice el interés primario del acreedor, es decir, que éste efectivamente obtenga el resultado útil o la finalidad práctica que espera lograr. En algunas obligaciones, el deudor asume el compromiso de desarrollar una conducta determinada en favor del acreedor, con el propósito de satisfacer el resultado esperado por éste; no obstante, si tal resultado también depende de factores cuyo control es ajeno al comportamiento del deudor, v.gr. elementos aleatorios o contingentes, la obligación, en dichos eventos, es de medio o de medios, y el deudor cumple su compromiso si obra con la diligencia que corresponda, aunque no se produzca la satisfacción del interés primario del acreedor. Por su parte, en otras obligaciones, las de resultado, el interés primario del titular del derecho crediticio sí se puede obtener con el comportamiento o conducta debida, toda vez que en ellas la presencia del componente aleatorio o de azar es exigua, y por ende, el deudor sí puede garantizar que el acreedor obtenga el resultado o logro concreto que constituye dicho interés primario.” (se subraya)

²⁶⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de la Sección Tercera del 24 de junio de 1998. Radicación Número: 10530. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

²⁶⁷ A tal efecto señala el artículo 5.1.5 que “Para determinar en qué medida la obligación de una parte implica una obligación de emplear los mejores esfuerzos o de lograr un resultado específico, se tendrán en cuenta, entre otros factores:

- “(a) los términos en los que se describe la prestación en el contrato;
- “(b) el precio y otros términos del contrato;
- “(c) el grado de riesgo que suele estar involucrado en alcanzar el resultado esperado;
- “(d) la capacidad de la otra parte para influir en el cumplimiento de la obligación.”

²⁶⁸ Sentencia de la Sala de Casación Civil del 5 de noviembre de 2013, expediente Ref.: 20001-3103-005-2005-00025-01.

Criterios semejantes ha seguido el Consejo de Estado²⁶⁹, el cual ha expresado:

“Muchos criterios pueden ensayarse para determinar, en ausencia de norma expresa o disposición de las partes, cuándo una obligación es de medio y cuándo de resultado. La Sala considera que el criterio más razonable, si se parte de la definición misma de estos tipos de obligaciones es el de la mayor o menor probabilidad de alcanzar la realización del objeto de la obligación, es decir, si la probabilidad de que se cumpla ese objeto es menor la obligación es de medio y si la probabilidad es mayor, la obligación es de resultado.” (se subraya)

Desde esta perspectiva es pertinente señalar que, si se examina la etapa precontractual, la realización de los estudios sociales en el período de estructuración no permiten garantizar un resultado, pues las comunidades pueden dar a una respuesta cuando son objeto de estudios o encuestas y posteriormente adoptar una posición incongruente con dicha respuesta cuando se enfrentan a la situación real. Por consiguiente, si se siguen los criterios en materia de distinción entre obligaciones de medio y resultado habría que concluir que la eventual obligación del originador en esta materia no sería de resultado sino de medio.

Por otra parte, si se analiza la socialización de las tarifas que se van a aplicar, es claro que igualmente la obligación sería de medio, pues, aunque el concesionario despliegue todo el trabajo que requiere una adecuada socialización no puede existir certeza de que la comunidad aceptará las tarifas propuestas.

Por consiguiente, es claro que el simple hecho de que haya existido inconformidad de la comunidad con las tarifas no acredita que se haya desconocido la eventual obligación de socialización.

Así, para determinar si el originador no cumplió sus deberes es menester examinar la forma como actuó y no puede simplemente tenerse en cuenta que la comunidad haya manifestado su inconformidad con las tarifas de los peajes o que incluso haya existido alguna manifestación de que no existió suficiente socialización.

En este sentido, debe señalarse que en el Cuaderno de Pruebas No. 3 aparece documentación relativa a los estudios realizados en la etapa de estructuración y las labores de socialización.

Por otra parte, está acreditado que una vez se dio inicio a la ejecución del Contrato de concesión, la comunidad manifestó oposición a las tarifas de peajes. En tal sentido, en el Otrosí No. 3 las partes dejaron constancia de la oposición de la comunidad a la aplicación de las tarifas previstas en la Resolución 1130 de 2015, lo que generó que se mantuvieran las tarifas que se venían cobrando con la normatividad vigente del INVIAS. En los considerandos de dicho Otrosí No. 3 igualmente se dejó constancia de la socialización que se realizó, señalando “12. *Que durante el segundo semestre del 2015 y hasta el 11 de noviembre como fecha de la última reunión, se llevaron a cabo varias socializaciones en los Municipios de Puerto López y Puerto Gaitán donde se presentaron diferentes alternativas*

269 Sentencia de la Sección Tercera del 24 de junio de 1998. Radicación Número: 10530.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

de esquema tarifario para las estaciones de peaje de Yucao y Casetabla, donde se condicionó cualquier aceptación a la construcción de las bermas a lado y lado del tramo vial comprendido entre Puerto López y Puerto Gaitán y que equivalen a aproximadamente 112 km de longitud, situación que resultó de imposible cumplimiento”.

Adicionalmente consta en el expediente que el Concesionario realizó reuniones con la comunidad para discutir el tema de los peajes y las obras solicitadas por la comunidad. Igualmente, en comunicación de la Interventoría del 11 de mayo de 2016 dirigida a la ANI²⁷⁰, la misma hizo un listado de 11 reuniones que habían sido realizadas por el Concesionario con la comunidad en relación con las tarifas de peajes, los días: 17, 18 y 26 de junio de 2015, 1° y 10 de julio de 2015 y 11 de noviembre de 2015.

Ante la existencia de dicha documentación que acredita una actividad de socialización, no se ha constatado que las labores realizadas fueran deficientes.

Por otra parte, en desarrollo del Otrosí No. 3 el Concesionario citó a una reunión con la comunidad a principios del mes de junio de 2016, que fue cancelada por la entidad estatal. Posteriormente, se realizó la reunión del 27 de julio de 2016, a la cual no asistió el Concesionario.

En relación con la participación del Concesionario en dicha reunión de socialización, expresó el señor Luis Eduardo Gutiérrez Díaz, funcionario de la ANI:

“DR. QUIÑONES: Frente a esa manifestación de la gobernación o de la Alcaldía, que quien ha hecho referencia, ¿qué hacen las partes?, ¿qué hace la ANI en concreto?”

“SR. GUTIÉRREZ: La ANI firma el otrosí 3 en junio del 2016 y dejamos la salvedad de que nosotros vamos a adelantar de manera compartida con el concesionario una socialización para lograr volver a las tarifas diferenciales y que ese efecto que estaba produciendo dentro del contrato se minimizara, pero nosotros encontramos que el concesionario no estuvo dispuesto a acompañarnos y nosotros fuimos y tomamos la decisión de ir solos liderados por el vicepresidente de la Agencia, yo participé de esas reuniones y por parte de la Gobernación fue la gobernadora, el director del IDM, del hoy ANM y los Alcaldes de los municipios, los concejales y logramos que ellos accedieran a subir la tarifa diferencial, la tarifa, perdón, a la tarifa contractual”.

Igualmente, la señora Martha Liliana Castellanos Vela, quien es contratista de la ANI, expresó:

“DR. QUIÑONES: ¿A cargo de quién estaba esa socialización?”

“SRA. CASTELLANOS: Esa fue una socialización que se acordó entre las partes, así estas definido en el otrosí y las partes en este caso son el concesionario y la ANI”.

²⁷⁰ Cuaderno de Pruebas número 2, folio 91.

“DR. QUIÑONES: ¿Qué hicieron las partes para dar ejecución a esa determinación?

“SRA. CASTELLANOS: La ANI se dirigió allá a los municipios de Puerto López y Puerto Gaitán, la socialización se hizo en conjunto con la Gobernación del Meta y con los Alcaldes de Puerto López y Puerto Gaitán, la interventoría prestó todo el apoyo para estas socializaciones, el concesionario no asistió a esas socializaciones, y manifestó que no iba a asistir, no participó de estas socializaciones, y en las socializaciones también la verdad el apoyo de la gobernadora del meta fue muy fuerte, porque ella fue muy enfática en el tema de si quieren proyectos, si quieren desarrollo, economía, debemos pagar las tarifas de los peajes completas, y por eso en agosto del 2016 se tomó la decisión de incrementar las tarifas y tan es así que la comunidad pagó las tarifas durante todo ese tiempo.”

De esta manera, está claro que el Concesionario realizó numerosas reuniones de socialización, pero finalmente no asistió a la que fue realizada el 27 de julio de 2016, en la que las autoridades locales manifestaron que aceptaban la aplicación de la tarifa plena. Es decir que la ausencia del Concesionario no impidió que se lograra la aceptación de las tarifas.

El hecho de que en dicha reunión la comunidad haya aceptado la aplicación de las tarifas tampoco permite concluir que con anterioridad el concesionario hubiera podido obtener dicho resultado. Precisamente la reunión se realizó como respuesta a unas comunicaciones que remitieron los alcaldes y la Gobernadora del Departamento del Meta, las cuales obedecieron al hecho de que la ANI y el Concesionario estaban discutiendo la reducción del alcance de la obra.

Lo anterior lleva al Tribunal a concluir que el Concesionario desarrolló una labor para socializar los peajes que se tradujo en múltiples reuniones. Si bien el Concesionario no participó en la reunión de 27 de julio de 2016 en la que se acordó aplicar las tarifas, dicha desatención puntual a sus deberes de socializar las tarifas junto con la ANI no tuvo trascendencia respecto de la oposición a la aplicación de las tarifas.

Partiendo de lo anterior, debe examinarse lo relativo al riesgo tarifario y sus consecuencias frente al Contrato.

En la cláusula 13.3 de la Parte General del Contrato se dispuso en materia de riesgos a cargo de la ANI lo siguiente: *“Salvo que la Parte Especial prevea otra cosa, los siguientes son los riesgos asignados a la ANI, además de los que le sean asignados en otras partes del Contrato (incluyendo sus Apéndices y Anexos):*

“e) Los efectos desfavorables de modificaciones a las tarifas previstas en la Resolución de Peaje, la implementación de tarifas diferenciales en las Estaciones de Peaje existentes y/o nuevas Estaciones de Peaje, en las vías que hacen parte del Proyecto o, en general, cualquier cambio en la estructura tarifaria prevista en el Contrato Parte Especial Para efectos de compensar el Valor de la Materialización de este Riesgo, se hará uso de los Mecanismos para

la Compensación por Riesgos, contemplados en la Sección 3.2 de esta Parte General.” (se subraya)

Ahora bien, el Contrato se refiere en esta cláusula a la Resolución de Peaje y a tal efecto precisa que es el *“acto administrativo que se identifica en la Parte Especial, expedido por el Ministerio de Transporte de Colombia, que fija las tarifas de Peaje que aplicarán en las Estaciones de Peaje del Proyecto. Esta Resolución de Peaje estará vigente por todo el plazo del Contrato de Concesión”*.

De este modo, de acuerdo con esta definición, la Resolución 1130 de 2015 es la Resolución de Peaje. Lo anterior implica que el Contrato previó la posibilidad de que se modificaran las tarifas o se establecieran tarifas diferenciales en las estaciones de peaje o se adoptara cualquier otro cambio en la estructura tarifaria definida en la Resolución 1130 de 2015.

Ahora dicha posibilidad corresponde a la doble naturaleza de la concesión a la que ha hecho referencia la doctrina y la jurisprudencia.

En efecto, en materia de concesión existen, de una parte, las normas contractuales y, de la otra, las que reglamentan el servicio. A este respecto en concepto del 11 de marzo de 1972 (Radicación número: 561) la Sala de Consulta y del Servicio Civil del Consejo de Estado señaló:

“En la concesión se originan para el concesionario ciertos derechos que emanan directamente del contrato, que son de carácter patrimonial o relacionados con su condición de concesionario, derechos que compensan las cargas que asume y son factor determinante en el equilibrio financiero del convenio. Pero por el hecho de la concesión el servicio no pierde su calidad de público para convertirse en mero negocio privado, ni la administración queda eximida de sus responsabilidades o limitada en sus poderes legales para asegurar el funcionamiento del servicio en consonancia con el interés general.

“Si las cláusulas que conciernen exclusivamente a las garantías financieras del concesionario son de naturaleza contractual, en cambio la reglamentación del servicio, lo que la doctrina llama ‘ley del servicio’, escapa a las estipulaciones del contrato, en virtud de un principio fundamental a nuestro ordenamiento jurídico, según el cual la organización de los servicios públicos depende de la competencia unilateral y exclusiva de los órganos del Estado. Es esta circunstancia la que hace pensar a algunos autores que la ‘concesión de un servicio público’ no constituye propiamente un contrato, en razón del objeto mismo sobre el cual ella recae.

“En todo convenio de concesión es preciso distinguir, por lo tanto, la parte reglamentaria del servicio, que permanece en manos del Estado y éste puede cambiar unilateralmente en todo momento en ejercicio de competencias constitucionales y legales inalienables y la parte propiamente contractual.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

“Tienen naturaleza reglamentaria todas las cláusulas concernientes a la organización y funcionamiento del servicio, que son, en consecuencia, de interés general; y naturaleza contractual las que fijan los términos financieros o la retribución del concesionario por la colaboración que presta, que solamente interesan a los contratantes”.

Esta misma idea fue reiterada en concepto número 727 del 8 de septiembre de 1996 de la Sala de Consulta y del Servicio Civil del Consejo de Estado, en el cual se expresó:

“La idea que orienta la jurisprudencia y la doctrina respecto del tratamiento que debe darse a la concesión es la de que, siendo ley para las partes los aspectos relativos al negocio que el contrato comporta, los cuales no pueden modificarse unilateralmente por el Estado, las condiciones del servicio involucran el interés público y por ello permanecen bajo control legal, en la medida en que aquél, entendido como de orden público, constituye la función primordial del Estado a la que éste no puede renunciar.”

En el mismo sentido, en sentencia C-711 de 1996 dijo la Corte Constitucional:

“La concesión tiene por objeto otorgar a una persona facultad legal suficiente para la prestación, por su cuenta y riesgo, de un servicio que es responsabilidad de la administración; la concesión de servicios públicos implica entonces autorizar a un particular, para que éste satisfaga, inmediata y permanentemente, una necesidad colectiva que es responsabilidad del Estado. La concesión de servicios públicos es un acto complejo, en el cual el concesionario se equipara a un agente público, cuyas obligaciones están determinadas por disposiciones de carácter legal y reglamentario, pero cuyos derechos y obligaciones se determinan contractualmente”.

Por consiguiente, en la medida en que en la concesión existe, por un lado, un contrato y, por otro, una facultad regulatoria del Estado, la administración puede modificar tales reglamentaciones y el concesionario debe ajustarse a ellas, pero sin que lo anterior implique que se desconozcan sus derechos económicos.

Ahora bien, dentro de dicha facultad regulatoria puede estar la tarifa del servicio. A este respecto, el profesor Gastón Jèze señalaba que el concesionario tiene derecho a percibir una tasa que puede ser propuesta por él, *“pero esto no significa de ningún modo que la tarifa sea un acto que emane del concesionario. La tarifa es un acto reglamentario (en el sentido preciso de la expresión), realizado por la autoridad pública”*²⁷¹, y agregaba que *“[u]na vez fijada la tarifa, sólo podrá modificarla la autoridad pública competente para establecerla, y a propuesta o con la opinión del concesionario como en el caso de la tarifa establecida por primera vez”*. Así mismo la tarifa puede modificarse en cualquier momento,

²⁷¹ Gaston Jeze. Principios Generales del Derecho Administrativo. Editorial De Palma. Buenos Aires, 1949. Tomo III, pg. 375.

puesto que. “[l]a tarifa no es un precio contractual; es una parte de la organización de un servicio público”²⁷².

En este contexto debe recordarse que el artículo 21 de la ley 105 de 1993 dispuso: “la Nación establecerá peajes, tarifas y tasas sobre el uso de la infraestructura nacional de transporte y los recursos provenientes de su cobro se usarán exclusivamente para ese modo de transporte” (se subraya).

La Demandante sostiene que la decisión del Ministerio de Transporte por la cual se modificó la tarifa de los peajes sin consentimiento del Concesionario viola el artículo 30 de la ley 105 de 1993, el cual al regular el contrato de concesión establece en sus incisos segundo y tercero lo siguiente:

“Para la recuperación de la inversión, la Nación, los departamentos, los distritos y los municipios podrán establecer peajes y/o valorización. El procedimiento para causar y distribuir la valorización, y la fijación de peajes se regula por las normas sobre la materia. La fórmula para la recuperación de la inversión quedará establecida en el contrato y será de obligatorio cumplimiento para las partes.

“La variación de estas reglas sin el consentimiento del concesionario, implicará responsabilidad civil para la entidad quien a su vez, podrá repetir contra el funcionario responsable.” (se subraya)

Al respecto, debe observarse que la norma transcrita establece, de una parte, que para recuperar la inversión pueden establecerse peajes o valorización, pero precisa que los mismos se sujetan a las normas sobre la materia. Lo anterior implica que la ley no priva a las autoridades públicas de sus facultades en esta materia. Por otra parte, la ley establece que la fórmula para la recuperación de la inversión quedará establecida en el contrato y será de obligatorio cumplimiento para las partes. Por consiguiente, la fórmula de recuperación de la inversión tiene entonces un claro origen contractual y por ello no puede ser modificada sin consentimiento del Concesionario. Por consiguiente, el consentimiento del Concesionario se refiere a la modificación de la fórmula para recuperar la inversión.

En el presente caso, el Contrato establece como un riesgo a cargo de la ANI la posibilidad de que se modifiquen las tarifas, se establezcan tarifas diferenciales o en general se modifique la estructura tarifaria. En tales casos dispone la cláusula 13.3 de la Parte Especial del Contrato que “*para efectos de compensar el Valor de la Materialización de este Riesgo, se hará uso de los Mecanismos para la Compensación por Riesgos, contemplados en la Sección 3.2 de esta Parte General*”.

Así las cosas, es claro que con la modificación de los peajes no se modifica la fórmula para la recuperación de la inversión prevista en el Contrato, pues precisamente el mismo asigna a la entidad estatal el riesgo de la modificación tarifaria y establece sus consecuencias.

²⁷² Ibidem, pg. 376.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

No sobra reiterar que en la medida en que el Contrato contempla el riesgo de modificación de tarifas y lo asigna a la entidad estatal y señala sus consecuencias, es claro para el Tribunal que no es posible concluir en este caso que existe una modificación unilateral del Contrato, por cuanto lo que se hace es aplicar las reglas contractuales y no alterarlas. Por lo demás, es del caso recordar que cuando la Ley 80 de 1993 regula la modificación unilateral prevé los supuestos en *“que la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará”*, lo que claramente indica que las reglas que regulan esta institución parten del supuesto de que es la entidad contratante quien altera el texto contractual, lo que no ocurre en el caso concreto, en el que es la Nación, por conducto del Ministerio de Transporte, quien adopta la decisión de modificar el régimen tarifario, en ejercicio de las facultades que la ley le otorga.

Finalmente, es de señalar que si bien el Concesionario ante la resistencia de la comunidad, aceptó que se continuaran aplicando las tarifas anteriores al contrato, ello no implica una renuncia a su derecho. En efecto, la renuncia a un derecho puede ser expresa o tácita, pero en todo caso debe ser inequívoca. En el presente caso la conducta del Concesionario simplemente podía ser el reflejo del hecho de que no era posible, en el momento, hacer efectivas las tarifas contractuales contra la voluntad de la comunidad.

Por lo anterior, procede el Tribunal a pronunciarse sobre las pretensiones a que se ha referido en este acápite, en los siguientes términos:

Se accede a la pretensión sexagésima novena de la Demanda Principal Reformada y por ello se declarará que el Ministerio de Transporte expidió la Resolución No. 00331 del 15 de febrero de 2017 *“Por la cual se modifica parcialmente el artículo 3 de la Resolución 1130 de 2015 y se dictan otras disposiciones”* por exclusiva solicitud de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI.

Por otra parte, se negará la pretensión septuagésima de la Demanda Principal Reformada, en la que se solicitó se declarara que con la expedición de la Resolución No. 00331 del 15 de febrero de 2017 por el Ministerio de Transporte, a solicitud de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, se modificó unilateralmente el Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, con la afectación grave de los ingresos del proyecto y en consecuencia con graves afectaciones al esquema financiero del Proyecto que constituye su objeto.

Así mismo se negará la pretensión segunda de la Demanda de Reconvención Reformada en la que se solicita que se declare que *“la imposibilidad temporal de implementación del esquema tarifario de la Resolución 1130 de 2015 es imputable a la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. como consecuencia de una deficiente socialización del mismo e incumplimiento del deber de planeación con relación a la viabilidad técnica y socioeconómica del proyecto”*.

Se accederá a la pretensión tercera de la Demanda de Reconvención Reformada en la que se solicita que se declare que Concesión Vial de Los Llanos S.A.S. incumplió con la obligación de socialización del esquema tarifario de la Resolución 1130 de 2015 con relación a los peajes Yucao y Casetabla pactada en la cláusula segunda del Otrosí No. 3

de fecha 2 de junio de 2016, particularmente, por su inasistencia a la reunión celebrada el 27 de julio de 2016, con la precisión de que dicho incumplimiento no fue relevante.

Igualmente se accederá a la pretensión cuarta de la Demanda de Reconvención Reformada en la cual se solicita se declare que como consecuencia de la implementación del esquema tarifario de la Resolución 1130 de 2015, resultante de la concertación con autoridades locales realizada únicamente por la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, no se configuraron los supuestos fácticos que ameriten modificar las premisas de ejecución del Contrato, por lo que no se cumplió la condición para el nacimiento de la obligación de definir un caso base. Lo anterior en la medida en que la modificación tarifaria está prevista y regulada en el Contrato de Concesión. Igualmente se accederá a la pretensión quinta de la Demanda de Reconvención reformada.

Asimismo, se negará la pretensión sexta de la Demanda de Reconvención Reformada en la cual se solicita se declare que, en cualquier caso, el diferencial tarifario derivado de la imposibilidad temporal de implementar la Resolución 1130 de 2015 por causas imputables a Concesión Vial de Los Llanos S.A.S. y el incumplimiento de sus obligaciones de socialización, no forma parte del riesgo tarifario asignado a la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI.

Se negará la pretensión séptima de la Demanda de Reconvención Reformada, en la cual se solicita se declare que Concesión Vial de Los Llanos S.A.S. está obligada a asumir el diferencial tarifario derivado del incumplimiento de sus obligaciones de socialización y la imposibilidad temporal de implementar la Resolución 1130 de 2015 por hechos imputables a ella.

Se negará la pretensión quinta de condena de la Demanda de Reconvención Reformada, en la que se solicita se condene a Concesión Vial de Los Llanos S.A.S. al pago del valor correspondiente al diferencial tarifario dejado de recaudar como consecuencia de imposibilidad temporal de implementar la resolución 1130 de 2015 por hechos imputables al concesionario.

Por lo anterior, prospera la excepción formulada por la Demandada de *“No estructuración del ius variandi o hecho del príncipe”*.

8 Los acuerdos celebrados, las facultades de la ANI a la luz de los mismos y el incumplimiento o cumplimiento por la ANI

8.1 Las pretensiones presentadas por las partes

En las pretensiones de la Demanda Principal Reformada se solicitó:

“PRETENSIÓN QUINCUAGÉSIMA TERCERA.- Que se declare que de conformidad con lo previsto en la Cláusula Segunda del OTROSÍ No. 6 al Contrato de Concesión No. 4 de 2015, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA — ANI no podrá unilateralmente ordenar la continuidad

del Contrato de Concesión No. 004 de 2015 en los términos inicialmente pactados.

“PRETENSIÓN QUINCUAGÉSIMA CUARTA.- Que se declare que se requiere del consenso y acuerdo del Concesionario para adoptar las medidas que determinen la continuidad del Contrato de Concesión No. 004 de 2015, hasta la finalización del presente proceso arbitral, bien por acuerdo conciliatorio celebrado por las Partes o por Laudo Arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento, en caso de transcurrir un (1) año contado a partir de la suscripción del OTROSÍ No. 6 sin que se hubiere dado un acuerdo conciliatorio entre las Partes o proferido el laudo arbitral por el Tribunal.

“PRETENSIÓN QUINCUAGÉSIMA SEXTA.- Que se declare que el documento denominado ACTA DE ENTENDIMIENTO suscrito el 28 de julio de 2017 por la sociedad CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, constituye un acuerdo válido entre las partes del Contrato de Concesión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993.

“PRETENSIÓN QUINCUAGÉSIMA SÉPTIMA.- Que se declare que el documento denominado ACTA DE ENTENDIMIENTO suscrito el 28 de julio de 2017, está vigente y los pactos contenidos en él obligan a la sociedad CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI, con fuerza vinculante.

“PRETENSIÓN SEXAGÉSIMA SEXTA.- Que se declare que a la fecha de presentación de esta demanda, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI no ha dado cumplimiento al OTROSÍ No. 3 Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015.

“PRETENSIÓN SEXAGÉSIMA SÉPTIMA.- Que se declare que como consecuencia del incumplimiento de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI al OTROSÍ No. 3 al Contrato de Concesión No. 004 de 2015, se ha generado una grave afectación a la viabilidad financiera del Proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, al no contar con un caso financiero base que permita obtener el Cierre Financiero del Proyecto, en los términos del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 y sus Apéndices”.

En las pretensiones de la Demanda de Reconvención Reformada se solicitó:

“PRIMERA. Que se declare que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA — ANI ha cumplido a cabalidad todas y cada una de las obligaciones nacidas del Contrato de Concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015, sus adicionales, contratos modificatorios, otrosíes, actas de entendimiento y demás documentos de naturaleza contractual frente la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.”

8.2 La posición de las partes

8.2.1 Posición de la Demandante

Se refiere la Demandante al proyecto antes de la firma del Otrosí No. 3 y afirma que la situación general del Proyecto que soportaba entonces –como hoy– los efectos de las variaciones macroeconómicas y el déficit estructural del tráfico, generaron la necesidad de suscribir el Otrosí No. 3 al Contrato de Concesión No. 004 de 2015. Señala que la ANI incumplió los compromisos asumidos en el Otrosí No. 3, colocando al Concesionario en clara situación de incumplimiento, toda vez que al omitir su compromiso de revisar el caso base del Proyecto, a fin de reestablecer las condiciones de su desarrollo, pretende obligarlo a la ejecución de un contrato cuya viabilidad financiera, como se ha visto, sencillamente desapareció. De esta manera, afirma, la ANI forzó a su contratista a acudir al juez del contrato para que éste proceda a realizar lo que ella no cumplió: revisar el caso base del Proyecto y garantizar las condiciones de su desarrollo.

Destaca que el Proyecto se ha encontrado, desde sus inicios, entre los “ires y venires” políticos de la región, y soportando el azote de las variaciones macroeconómicas que dieron al traste con el tráfico y por lo mismo, con los ingresos esperados por el Concesionario, que a su vez constituían la base de la financiación.

Destaca que desde el inicio, el Proyecto, por los impactos referidos, solo era viable en su ejecución, reduciendo su alcance original, esto es, eliminando de su objeto las Unidades Funcionales 9, 10 y 11. Esta fue la propuesta inicial del concesionario para lograr la viabilidad del Proyecto, plenamente aceptada por la ANI, y modificada por “razones políticas” generadas en los cuestionamientos y solicitudes de los “líderes regionales” y demás altos funcionarios de la zona del proyecto departamentales y municipales.

8.2.2 Posición de la Demandada

Por su parte la Demanda se refiere a la oposición de la comunidad a la aplicación de las tarifas y a la reunión de socialización realizada por la ANI con la participación de gobernadora del Departamento del Meta y los alcaldes de Puerto López y Puerto Gaitán, cuyo resultado fue la aceptación de las tarifas contractuales y el respaldo al proyecto pleno, lo que fue informado al Concesionario por oficio del 10 de agosto de 2016, por el cual se solicitó la aplicación de las tarifas a partir del jueves 11 de agosto de 2016.

Por lo anterior, afirma la Demandada que en la medida en que la socialización de tarifas se hizo con éxito, no se produjo la condición establecida en el Otrosí No. 3 relacionada con el establecimiento de un caso base y de una modificación contractual. Señala que la modificación del alcance del proyecto sería procedente para viabilizar su ejecución, pero comoquiera que las tarifas pudieron aplicarse sin oposición y la viabilidad referida no se vio comprometida, no fue necesario definir unas nuevas condiciones de ejecución contractual.

Por lo anterior afirma que la ANI no ha incumplió sus obligaciones contractuales y por el contrario ha dispuesto de toda su capacidad a fin de que el proyecto se desarrolle.

8.2.3 Concepto del Ministerio Público

Por su parte, en su concepto el agente del Ministerio Público concluye que no advierte ninguna obligación pendiente de cumplimiento por parte de la ANI, pues la hipótesis de la celebración de un otrosí complementario se sujeta a la existencia de circunstancias que ameritaran la necesidad, en consideración de ambas partes, de establecer modificaciones que garantizaran la viabilidad del contrato.

Destaca que las necesidades previstas en los otrosíes para modificar el Contrato no se han evidenciado, pues, las dificultades que estarían afectando al contrato parecen del exclusivo resorte del concesionario y, por lo mismo, no resultarían viables modificaciones contractuales para superarlas, en tanto deben ser asumidas y gestionadas, en los términos del contrato vigente, por el concesionario.

8.3 Consideraciones del Tribunal

En la pretensión quincuagésima tercera de la Demanda Principal Reformada se solicita que se declare que de conformidad con lo previsto en la Cláusula Segunda del Otrosí No. 6 al Contrato de Concesión No. 4 de 2015, la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI no podrá unilateralmente ordenar la continuidad del Contrato de Concesión No. 004 de 2015 en los términos inicialmente pactados. Así mismo, en la pretensión quincuagésima cuarta de la Demanda Principal Reformada se solicita que se declare que se requiere del consenso y acuerdo del Concesionario para adoptar las medidas que determinen la continuidad del Contrato de Concesión No. 004 de 2015, hasta la finalización del presente proceso arbitral, bien por acuerdo conciliatorio celebrado por las Partes o por Laudo Arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento, en caso de transcurrir un (1) año contado a partir de la suscripción del Otrosí No. 6 sin que se hubiere dado un acuerdo conciliatorio entre las Partes o proferido el laudo arbitral por el Tribunal.

En relación con dichas pretensiones considera el Tribunal lo siguiente:

En las cláusulas primera, segunda y tercera del Otrosí No. 6 se pactó lo siguiente:

“CLÁUSULA PRIMERA: Suspende de mutuo acuerdo el cumplimiento de la obligación de la acreditación del cierre financiero prevista en el Contrato de Concesión No. 004 de 2015.

“PARAGRAFO PRIMERO: El término de suspensión corresponderá al lapso entre la suscripción del presente Otrosí y el pronunciamiento ejecutoriado que emita el tribunal de arbitramento, el acuerdo Conciliatorio ejecutoriado al que lleguen las Partes con ocasión al trámite Arbitral, o el término de un (1) año, lo primero que ocurra.

“PARAGRAFO SEGUNDO: Las Partes acuerdan suspender la obligación de fondeos de la subcuenta predios por el mismo lapso y condiciones previstas en la presente Cláusula.

“CLÁUSULA SEGUNDA: En el evento de que transcurra el término de un (1) año, y no se hubiese llegado a acuerdo conciliatorio o proferido el

correspondiente laudo arbitral, en ambos casos ejecutoriado; Las (sic) Partes, de común acuerdo suscribirán los documentos contractuales necesarios que determinen la continuidad del proyecto.

“PARAGRAFO PRIMERO: Para la suscripción de los documentos contractuales que garanticen la continuidad del Proyecto, las Partes contarán con un término máximo de tres (3) meses, contados a partir de la ocurrencia de cualquiera de las alternativas descritas en el Parágrafo Primero de la Cláusula Primera del presente documento, término dentro del cual deberá realizarse la revisión de todos los componentes del Contrato. Únicamente en el evento que se presenten circunstancias que requieran ajustar el contrato, se procederá a realizarlo.

“PÁRAGRAFO SEGUNDO: Dentro del término señalado en la presente Cláusula para revisión de los componentes del Contrato, se deberán realizar las siguientes actividades:

“• Acreditar el Cierre Financiero ante la ANI.

“• Una vez la ANI manifieste su conformidad a los documentos de acreditación del Cierre Financiero, se procederá a la suscripción inmediata de la respectiva Acta de Inicio de la Fase de Construcción y por tanto todas y cada una de las obligaciones inherentes a la misma se activarán de manera automática.

“• Se deberán ajustar las Etapas del Contrato, por lo cual se ampliará el plazo previsto para la Fase de Preconstrucción y se reducirá y ajustará el previsto para fase de Construcción y/o para la Etapa de Operación y mantenimiento, ejercicio que bajo ninguna circunstancia podrá superar el término máximo señalado para el Contrato de Concesión No. 004 de 2015.

“• Deberá revisarse los efectos financieros generados con la suscripción del presente Otrosí y demás modificaciones contractuales, en el evento que los mismos se presenten o se hayan presentado.”

Como se puede apreciar, en el Otrosí No. 6 las partes previeron que si transcurrido un año desde su firma, no se había llegado a un acuerdo conciliatorio o proferido el laudo arbitral, las partes suscribirían de común acuerdo los documentos contractuales necesarios que determinarían la continuidad del proyecto, para lo cual contarían con un término máximo de tres meses para revisar los componentes del Contrato. Igualmente precisaron que en ese término se debería acreditar el cierre financiero y, si la ANI estaba de acuerdo con el mismo, se firmaría el Acta de Inicio de la Fase de Construcción, se ajustarían las etapas del Contrato y se revisarían los efectos financieros generados por el Otrosí y las demás modificaciones contractuales.

Es del caso agregar que las partes precisaron que únicamente en el evento en que se presentaran circunstancias que requirieran ajustar el Contrato se procedería a realizarlo.

Desde esta perspectiva lo primero que debe anotar el Tribunal es que los plazos previstos en el Otrosí No. 6 para suscribir los documentos que garanticen la continuidad del proyecto y realizar una serie de actividades, se vencieron sin que las partes hubieran procedido a tal efecto.

Ahora bien, lo que debe determinar el Tribunal es cuál es la consecuencia de que se haya vencido dicho término.

Los plazos en un contrato pueden tener diferente alcance. En algunos casos las partes estipulan un plazo para realizar una prestación, sin que ello necesariamente implique que la misma no pueda ser ejecutada por el deudor después de ese término, en la medida en que ello permita lograr el fin querido al contratar. En tales casos el deudor que no cumplió oportunamente está en mora y por ello debe responder por los perjuicios causados por la mora y el acreedor puede en principio exigir el cumplimiento o, en el caso de un contrato bilateral, la resolución o terminación del contrato con indemnización de perjuicios. A lo anterior se agrega que se ha discutido si en estos casos podría el deudor impedir la resolución o terminación del contrato cumpliendo el contrato con indemnización de perjuicios²⁷³. En otros casos, el término previsto para ejecutar la prestación es esencial, de tal manera que si ella no se ejecuta en el plazo pactado no es posible lograr el fin previsto al contratar. Dicho carácter esencial puede resultar del pacto de los contratantes o del motivo para el cual se contrató.

A este respecto observa el Tribunal que el plazo pactado buscaba procurar que las partes llegaran en corto tiempo a acuerdos que permitieran adelantar el proyecto. En efecto, las partes expresaron que se pactaba un “*término máximo*” en el cual se debía revisar los componentes del Contrato y realizar una serie de actividades. Para el Tribunal es claro que cuando las partes han pactado un término máximo para adelantar una negociación en torno a un contrato, es porque su voluntad es que vencido dicho plazo cada parte queda en libertad de asumir la conducta que le parezca más conveniente a sus intereses. Por consiguiente, en el presente caso si en el “*término máximo*” definido por las partes no se realizaron tales actividades, a juicio del Tribunal ninguna de ellas puede exigir que la otra las realice por virtud de lo dispuesto en el Otrosí No. 6.

Pero aún si lo anterior no fuera cierto debe observarse que de conformidad con el texto del Otrosí No. 6, “*Las Partes, de común acuerdo suscribirán los documentos contractuales necesarios que determinen la continuidad del proyecto*” (se subraya). Lo anterior implica que ninguna de las partes podía imponer a la otra los documentos que debían suscribir para este efecto.

Por todo lo anterior se accederá a la pretensión quincuagésima tercera de la Demanda Principal Reformada precisando que ello no es por razón del Otrosí No. 6 pues las medidas que se adoptaran en virtud de la cláusula 2ª de dicho Otrosí debieron adoptarse dentro del término previsto en el párrafo 1º de la cláusula segunda del mencionado Otrosí No. 6. En todo caso es claro que lo anterior es sin perjuicio del uso de las prerrogativas contractuales que resulten compatibles con la actual situación del proyecto. Por la misma razón se accederá a la pretensión quincuagésima cuarta de la Demanda Principal Reformada.

²⁷³ Ver, por ejemplo, sentencias de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 21 de septiembre de 1998, G.J. tomo CCLV, página 642 y siguientes y del 18 de diciembre de 2009, Ref.: 41001-3103-004-1996-09616-01.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

En cuanto se refiere a la pretensión quincuagésima sexta de la Demanda Principal Reformada, en la que se solicita que se declare *“que el documento denominado ACTA DE ENTENDIMIENTO suscrito el 28 de julio de 2017 por la sociedad CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, constituye un acuerdo válido entre las partes del Contrato de Concesión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993”, y a la pretensión quincuagésima séptima en la que se solicita declarar que “el documento denominado ACTA DE ENTENDIMIENTO suscrito el 28 de julio de 2017, está vigente y los pactos contenidos en él obligan a la sociedad CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI, con fuerza vinculante”, considera el Tribunal lo siguiente* Por el Acta de Entendimiento las partes acordaron lo siguiente:

“PRIMERO- SUSPENDER EL PERÍODO DE CURA DEL TERCER GIRO EQUITY. Las Partes acuerdan suspender el período de cura otorgado, mediante radicado No. 2017-306-020306-1 del 30 de junio de 2017, para que el CONCESIONARIO realice el tercer giro equity, saneando así su incumplimiento. “La suspensión del plazo de cura se extenderá hasta el día que las partes suscriban un otrosí que materialice un Acuerdo Conciliatorio. No obstante, en caso que no sea posible llegar a un Acuerdo Conciliatorio, el plazo de cura comenzará a contarse a partir del 22 de diciembre de 2017. De esta manera y en caso de no lograrse un Acuerdo Conciliatorio, el CONCESIONARIO deberá proceder a hacer el tercer giro Equity indexado al IPC del período, junto con los rendimientos financieros que se hubieran generado desde el 29 de mayo de 2017 hasta el día en que se efectúe el respectivo pago, liquidados diariamente conforme con la tasa nominal certificada por la Fiduciaria de Occidente, so pena de iniciar el proceso sancionatorio definido en el Contrato de Concesión No. 004 de 2015, sin otorgar un nuevo plazo de cura, dado que el período actual otorgado es el máximo permitido contractualmente.

“SEGUNDO. El CONCESIONARIO dispondrá de los recursos necesarios para garantizar el cumplimiento de las demás obligaciones vigentes del Contrato de Concesión No. 004 de 2015, en concordancia con lo previsto en el Otrosí No. 6 del 21 de diciembre de 2016.”

En relación con el documento transcrito advierte el Tribunal que no se ha invocado que alguna de las partes carecía de facultades para celebrar el acuerdo contenido en el Acta de Entendimiento o que su consentimiento estaba viciado. Por otra parte, el Tribunal encuentra que el acuerdo contenido en el Acta de Entendimiento tiene un objeto determinado y lícito. Igualmente tiene una causa real y lícita. En efecto, el objeto del acuerdo es suspender temporalmente el período de cura con el objetivo de que las partes puedan adelantar una negociación que ponga fin al conflicto.

Por otra parte, es claro que dicho Acuerdo produjo sus efectos, pues la suspensión del período de cura se produjo. Adicionalmente, por el cumplimiento del plazo pactado surgió para el Concesionario la obligación de hacer el tercer giro Equity indexado hasta el día del pago.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

Por lo anterior prosperan las pretensiones quincuagésima sexta y quincuagésima séptima de la Demanda Principal Reformada.

En lo que se refiere a la pretensión sexagésima sexta de la Demanda Principal Reformada, en la que se solicitó que se declarara que, a la fecha de presentación de la demanda, la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI no ha dado cumplimiento al Otrosí No. 3 del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, considera el Tribunal lo siguiente:

En su Demanda la Demandante afirmó que la ANI incumplió los compromisos asumidos en el Otrosí No. 3 de revisar el caso base del Proyecto, a fin de reestablecer las condiciones de su desarrollo. Por consiguiente, es a este preciso aspecto que el Tribunal entiende se refiere la pretensión que se analiza, pues en los hechos de la Demanda, que constituyen la *causa petendi* no se hace referencia a otro incumplimiento del Otrosí No. 3.

Desde esta perspectiva se advierte que en la cláusula segunda del Otrosí No. 3 se estipuló:

“CLÁUSULA SEGUNDA: Dentro de máximo los noventa (90) días siguientes a la firma del presente otrosí, deberá surtirse el proceso de socialización del esquema tarifario de la resolución 1130 de 2015 con sus fórmulas de indexación en las estaciones de peaje de Yucao y Casetabla, así como su definición e implementación. De igual forma, dentro de este mismo plazo de noventa (90) días, las partes se obligan a que una vez se tenga el resultado de las socializaciones e implementación de las tarifas mencionadas en el presente documento, se revisarán los mecanismos regulados en el Contrato y de ser necesario se definirán las nuevas condiciones del mismo, tales como el valor del Contrato y el Plazo de las diferentes etapas y fases del Contrato de Concesión.

“PARÁGRAFO PRIMERO: En todo caso el Concesionario tendrá un plazo adicional para el cierre financiero de noventa (90) días contados a partir de la fecha en que se surta el proceso de socialización y cuando se defina un caso financiero base del proyecto, todo lo cual deberá quedar reflejado mediante Otrosí al contrato.

“PARÁGRAFO SEGUNDO: Definido el caso base del proyecto, se deberá revisar el modelo financiero para determinar y valorar si existe un efecto financiero generado por las nuevas condiciones del Contrato y por las modificaciones realizadas mediante el presente Otrosí. Los ajustes pertinentes se harán mediante Otrosí al contrato.”

De conformidad con la cláusula segunda del Otrosí No. 3, que ha sido transcrita, las partes pactaron que una vez se tuviera el resultado de las socializaciones e implementación de las tarifas, se obligaban a revisar los mecanismos regulados del Contrato y “*de ser necesario*” a definir nuevas condiciones del mismo. Se agregó en el parágrafo primero que el Concesionario tendría un plazo adicional para el cierre financiero de noventa días contados a partir de la fecha en que se surtiera el proceso de socialización y se definiera un caso financiero base del proyecto, todo lo cual debería quedar reflejado mediante otrosí al contrato. Agrega el parágrafo segundo que definido el caso base del proyecto se debe definir el modelo financiero.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

Como ya se analizó en otro aparte de este laudo, el Otrosí No. 3 se celebró por razón de las dificultades que se presentaron para implementar las tarifas de peajes previstas en el Contrato. Ahora bien, finalmente la comunidad, a través de las autoridades locales, aceptó las tarifas previstas, por lo cual no había lugar a revisar los mecanismos del Contrato y definir un caso base.

Lo anterior lleva a concluir entonces que no existe un incumplimiento del Otrosí No. 3 por parte de la ANI. Por lo que se negará la pretensión sexagésima sexta de la Demanda Principal Reformada. Igualmente se negarán las pretensiones primera subsidiaria de condena y segunda subsidiaria de condena.

Por la misma razón se debe negar la pretensión sexagésima séptima de la Demanda Principal Reformada, en la cual se solicita que se declare que como consecuencia del incumplimiento de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI al Otrosí No. 3 al Contrato de Concesión No. 004 de 2015, se ha generado una grave afectación a la viabilidad financiera del Proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, al no contar con un caso financiero base que permita obtener el Cierre Financiero del Proyecto, en los términos del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 y sus Apéndices.

Por lo que se refiere a la Demanda de Reconvención Reformada, en la primera pretensión la Demandada solicitó que se declare que la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI ha cumplido a cabalidad con todas y cada una de las obligaciones nacidas del Contrato de Concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015, sus adicionales, contratos modificatorios, otrosíes, actas de entendimiento y demás documentos de naturaleza contractual frente a Concesión Vial de Los Llanos S.A.S.

Si bien en los hechos de la Demanda de Reconvención Reformada no hay una referencia puntual a las obligaciones cuyo cumplimiento se solicita se declare, si se examina la contestación a la demanda reformada por parte de la Demandada se advierte que esta última se refiere, por una parte, a la discusión que ha surgido entre las partes por razón de la modificación de las tarifas de los peajes por la Resolución del Ministerio de Transporte, y por la otra, al incumplimiento alegado por la Demandante por parte de la Demandada del Otrosí No. 3 y del Otrosí No. 6 del Contrato.

Por lo anterior, el Tribunal resolverá esta pretensión en el entendido de que se refiere a dichas circunstancias que la Demandante considera constituyen incumplimientos y que forman parte de la materia objeto de litigio.

Desde esta perspectiva, el Tribunal reitera que no encuentra acreditado que la entidad demandada haya incumplido el Otrosí No. 3, pues la revisión del caso base pactada en dicho otrosí se refiere al evento en que la comunidad no aceptara las tarifas contractuales. Como ello no ocurrió, no había lugar a revisar el caso base, y por ello, la negativa de la Demandada en hacerlo no constituye un incumplimiento. Así mismo, tampoco aparece acreditado que hay incumplimiento del Otrosí No. 6.

Por otra parte, como ya se señaló en otro aparte de este laudo, la modificación tarifaria que dispuso el Ministerio de Transporte por solicitud de la ANI no constituye como tal un incumplimiento del contrato, en la medida en que dicha modificación está prevista en el Contrato como un riesgo que se puede presentar y que, en el caso, no correspondió a una modificación unilateral del Contrato.

Por lo anterior, en este contexto se accederá a la pretensión primera de la Demanda de Reconvención Reformada, declarando que la Demandada no ha incumplido las obligaciones a su cargo derivadas del Otrosí No. 3 y Otrosí No. 6, ni las relativas a la tarifa de los peajes por razón de la modificación mencionada.

Por lo anterior, prospera la excepción formulada por la Demandada de “*Cumplimiento del Contrato por la ANI*” y “*Cumplimiento de la ANI de sus obligaciones derivadas del Otrosí 3 y de la definición del Caso Base que en dicho documento contractual se estableció*”.

Por consiguiente, no prospera la excepción de “*Incumplimiento de la ANI del Contrato de Concesión No. 004 de 2015*” formulada por Demandante en su contestación a la Demanda de Reconvención Reformada. Asimismo, no prospera la excepción denominada “*Los acercamientos de las partes y los acuerdos ‘rotos’ o la mala fe de la entidad contratante*” por cuanto no encuentra el Tribunal acuerdos ‘rotos’; el hecho de que hayan existido negociaciones de las partes y que no hayan llegado a un acuerdo no desvirtúa las pretensiones formuladas y tampoco aparece acreditada mala fe de la entidad estatal.

9 Imprevisión

9.1 Pretensiones

De la Demanda Principal Reformada:

“PRETENSIÓN SEPTUAGÉSIMA PRIMERA.- Que se declare que durante la ejecución del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 ocurrieron sucesos y circunstancias imprevistas y en todo caso irresistibles para el Contratista — Concesionario, que afectaron de modo estructural el tráfico del Proyecto que constituye su objeto, sin causa o hecho imputable a la sociedad CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S., en su condición de Concesionario o en cualquier otra condición.

“PRETENSIÓN SEPTUAGÉSIMA SEGUNDA.- Que se declare que con posterioridad a la entrega del proyecto en etapa de factibilidad en el año 2013 la afectación del tráfico del Proyecto devino en estructural, sin causa o hecho imputable a la sociedad CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S., en su condición de Concesionario o en cualquier otra condición.

“PRETENSIÓN SEPTUAGÉSIMA TERCERA.- Que se declare que con posterioridad a la entrega del proyecto en etapa de factibilidad en el año 2013 la afectación estructural del tráfico del Proyecto, impide su ejecución en los términos y condiciones previstos por las partes en su celebración, por

inviabilidad financiera, sin causa o hecho imputable a la sociedad CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S., en su condición de Concesionario o en cualquier otra condición.

“PRETENSIÓN SEPTUAGÉSIMA CUARTA.- Que se declare que como consecuencia de la afectación estructural del tráfico del Proyecto que constituye el objeto del Contrato de Concesión No. 004 de 2015, el cumplimiento de las obligaciones de índole financiera (financiación y equity) de la Sociedad Concesionaria CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S., contratista concesionario en el mencionado Contrato, se volvió excesivamente oneroso.

“PRETENSIÓN SEPTUAGÉSIMA QUINTA.- Que se declare que la ocurrencia de sucesos y circunstancias imprevistas y en todo caso irresistibles para el Contratista — Concesionario, durante la ejecución del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 y las afectaciones consecuentes al Caso Base del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 por la afectación estructural del tráfico del Proyecto, hacen excesivamente gravosas las obligaciones de financiación del Proyecto a cargo de la sociedad CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S., contratista concesionario en el Contrato de Concesión No. 004 de 2015, excediendo los límites legales y contractuales en materia de asunción de riesgos previsibles.

“PRETENSIÓN SEPTUAGÉSIMA SEXTA- Que se declare que como consecuencia de la ocurrencia de sucesos y circunstancias imprevistas y en todo caso irresistibles para el Contratista — Concesionario, durante la ejecución del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 y las afectaciones consecuentes al Caso Base del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 derivadas de la afectación estructural del tráfico del Proyecto que constituye su objeto, el cumplimiento de las obligaciones de financiación de la sociedad concesionaria CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S., en su condición de contratista concesionario en el Contrato de Concesión No. 004 de 2015 han sido afectadas por una onerosidad sobreviniente que sobrepasan los límites y parámetros establecidos en la aceptación de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI de la Oferta de Factibilidad del Proyecto del 20 de marzo de 2013 presentada por el Concesionario emitida el 5 de febrero de 2015.

“PRETENSIÓN SEPTUAGÉSIMA SÉPTIMA.- Que se declare que como consecuencia de la ocurrencia de sucesos y circunstancias imprevistas y en todo caso irresistibles para el Contratista — Concesionario, durante la ejecución del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 y las afectaciones consecuentes al Caso Base del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 derivadas de la afectación estructural del tráfico del Proyecto, el cumplimiento de las obligaciones de financiación de la sociedad CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S., en su condición de contratista concesionario en el Contrato de Concesión No. 004 de 2015 han sido afectadas por una onerosidad sobreviniente que sobrepasan los límites y parámetros establecidos

en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, el texto del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, y particularmente en la Matriz de Riesgos del Proyecto que hace parte del Contrato de Concesión.

“PRETENSIÓN SEPTUAGÉSIMA OCTAVA.- Que se declare que la sociedad CONCESION VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. no está obligada a soportar la excesiva onerosidad sobreviniente en el cumplimiento de sus obligaciones de financiación (recursos de deuda y recursos de equity) bajo el Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, como consecuencia de la ocurrencia de sucesos y circunstancias imprevistas y en todo caso irresistibles para el Concesionario, durante la ejecución del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 y las afectaciones consecuentes al Caso Base del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 derivadas de la afectación estructural del tráfico del Proyecto, más allá de lo previsto en el régimen jurídico del Contrato de Concesión No. 004 del 2015 y en sus estipulaciones, contenido y alcances.

“PRETENSIÓN SEPTUAGÉSIMA NOVENA.- Que se declare que la ocurrencia de eventos y circunstancias imprevistas e imprevisibles y en todo caso irresistibles para el Contratista - Concesionario, posteriores a la celebración del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 hace necesaria la REVISIÓN del Contrato de Concesión a fin de garantizar su continuidad.

“PRETENSIÓN OCTOGÉSIMA- Que se REVISE por el Tribunal de Arbitramento el Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, a fin de que se decreten los reajustes necesarios para garantizar su continuidad, según las condiciones materiales, jurídicas y financieras tenidas en cuenta por las Partes al momento de su celebración, todo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4, numerales 8 y 9 de la Ley 80 de 1993, 868 del Código de Comercio y demás disposiciones legales y contractuales aplicables, y / Lo probado en este proceso; Lo solicitado por el Concesionario: o Lo dispuesto por el Tribunal de Arbitramento como resultado de su valoración de las circunstancias y pruebas de la ocurrencia de los hechos y sus consecuentes afectaciones, que dieron origen a la controversia.

“PRETENSIÓN OCTOGÉSIMA PRIMERA.- Que se ordene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI a dar cumplimiento a lo dispuesto en el decreto de REVISIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 004 DEL 5 DE MAYO DE 2015, según se ordene en el Laudo que ponga fin a este proceso.

“PRETENSIÓN PRIMERA PRINCIPAL DE CONDENA: Que se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI a dar cumplimiento a lo dispuesto por el Tribunal de Arbitramento en el Laudo Arbitral que decrete la REVISIÓN JUDICIAL DEL CONTRATO DE CONCESIÓN NO. 004 DE 2015.

“3.4 LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 004 DEL 5 DE MAYO DE 2015.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

“PRETENSIÓN PRIMERA SUBSIDIARIA: Que en caso de que el Tribunal de Arbitramento no encontrare posible la Revisión del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, disponga su terminación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 868 del Código de Comercio.

“PRETENSIÓN SEGUNDA SUBSIDIARIA: Que se decreten las reparaciones económicas a favor de la sociedad CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. por la terminación anticipada del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, que sean procedentes, según lo establecido en los Capítulos XVII y XVIII de la Parte General del contrato de concesión, Terminación Anticipada del Contrato sin causa o hecho imputable al Contratista y por responsabilidad de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI, o lo que en criterio del Tribunal proceda, incluyendo, adicionalmente, la reparación de los perjuicios que, en su caso se acrediten en el trámite del proceso.

“PRETENSIÓN TERCERA SUBSIDIARIA: Que se ordene la liquidación del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015.”

De la Demanda de Reconvención Reformada:

“1.16. DECIMOSEXTA. En consecuencia, que se declare que no procede la revisión, ni mucho menos la terminación del Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2005 al no haberse configurado la teoría de la imprevisión, y al no haberse extinguido sus obligaciones.

“2. SUBSIDIARIAS:

“2.1. PRIMERA SUBSIDIARIA. Que en caso de encontrarse la existencia de desequilibrio financiero del Contrato, se proceda a la revisión del mismo teniendo en cuenta que cualquier modificación en la asignación de los riesgos debe traducirse en una reducción de la tasa de descuento o rentabilidad esperada en favor de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA.

“2.2. SEGUNDA SUBSIDIARIA. Que en caso de encontrarse la existencia de desequilibrio financiero del Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015, se declare que en cualquier caso no resulta procedente la terminación del mismo.

“2.3. TERCERA SUBSIDIARIA. Que en dado caso el Tribunal llegase a estimar procedente la terminación, se declare que no se produce por causa imputable a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, y no configura un evento de terminación anticipada pactado en el Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015.

“2.4. CUARTA SUBSIDIARIA. Que en dado caso el Tribunal llegase a estimar procedente la terminación declare que no existe ningún tipo de compensación

o reparación en favor del Concesionario al no tratarse de un evento de terminación anticipada del Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015, ni de un hecho imputable a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI.

“2.5. QUINTA SUBSIDIARIA. Que en dado caso el Tribunal llegase a estimar procedente la terminación, que al encontrarse el proyecto de pre construcción se aplique la fórmula prevista Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015.

“2.5.1. QUINTA SUBSIDIARIA PRIMERA CONSECUENCIAL. En consecuencia de la anterior, en caso de resultar procedente la terminación del Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015, se aplique la fórmula prevista por las partes para la etapa de pre construcción sin tener en cuenta o reconocerse al concesionario comisión de éxito alguna puesto que no se configuran los supuestos fácticos de esta última.

“2.5.2. QUINTA SUBSIDIARIA SEGUNDA CONSECUENCIA. De igual manera, en caso de resultar procedente la terminación del Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015, se aplique la fórmula prevista por las partes para la etapa de pre construcción sin tener en cuenta rentabilidad alguna o valor del dinero en el tiempo durante el lapso del retraso en ejecución del contrato por causas imputables a la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.

“2.5.3. QUINTA SUBSIDIARIA TERCERA CONSECUENCIAL. De igual manera, en caso de resultar procedente la terminación del Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015, se aplique la fórmula prevista por las partes para la etapa de pre construcción sin tener en cuenta rentabilidad alguna o valor del dinero en el tiempo durante el lapso del retraso en ejecución resultante de cualquier riesgo contractual o legalmente asignado a la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.”

9.2 Posición de las partes y los intervinientes

9.2.1 Posición de la parte Convocante

Reclama el Concesionario, en el escrito de la Demanda Principal Reformada, que se declare que durante la ejecución del Contrato de Concesión No. 004 de 5 de mayo de 2015, ocurrieron hechos imprevistos e irresistibles para el contratista, que afectaron de modo estructural el tráfico del proyecto y que dicha afectación, con posterioridad a la entrega del proyecto en la etapa de prefactibilidad, devino estructural (pretensiones septuagésima primera y septuagésima segunda). Igualmente, solicita que se declare que la mencionada afectación impide la ejecución del contrato en los términos en que fue pactado, por inviabilidad financiera, lo que hace que el cumplimiento de las obligaciones financieras se haya vuelto excesivamente oneroso y sobrepase los límites de la Oferta de Factibilidad del Proyecto del 20 de marzo de 2013, de la Matriz de Riesgos del Proyecto y del Contrato de

Concesión No. 004 del 2015 (pretensiones septuagésima tercera, septuagésima cuarta, septuagésima quinta, septuagésima sexta, septuagésima séptima y septuagésima octava).

Como consecuencia de lo anterior, solicita la revisión del Contrato y su reajuste para garantizar su continuidad (pretensiones septuagésima novena, octogésima, octogésima primera, pretensión primera principal de condena).

En subsidio de lo anterior, solicita que, en caso de que no proceda la revisión del Contrato, el Tribunal disponga su terminación en los términos del artículo 868 del Código de Comercio, que se decreten las reparaciones económicas a favor del Concesionario y que se ordene la liquidación del contrato (pretensiones primera subsidiaria, segunda subsidiaria y tercera subsidiaria).

Fundamenta sus pretensiones, en apretada síntesis, y según ya se ha relatado en los antecedentes del Laudo, en la ocurrencia de variaciones macroeconómicas que afectaron la situación socioeconómica de la zona en la que se desarrollaría el proyecto, alteraron el tráfico y los ingresos esperados del Concesionario, que era a su vez la base de la financiación proyecto. Sobre el particular, se señala que el cálculo del tráfico del corredor vial concesionado estaba asociado a la industria petrolera y a los precios del petróleo, cuya caída impactó negativamente en el cumplimiento de las obligaciones del contratista, especialmente aquellas relacionadas con la financiación del proyecto. Al respecto, sostiene que, si bien el precio del petróleo es volátil, nunca se había registrado una disminución que hubiera tenido la magnitud de la que se presentó en la zona de ejecución del contrato.

En su alegato de conclusión, la apoderada del Concesionario señaló que, si bien el contratista tiene a su cargo el Riesgo de Financiación del Proyecto, en el caso concreto se han sobrepasado sus límites contractuales como consecuencia del desbordamiento de otro riesgo del contrato relativo a la remuneración del Concesionario, como es el que corresponde al Riesgo de Tráfico y a su impacto en el recaudo de peajes. Señaló también que al momento de la estructuración del negocio las variables asumidas y aceptadas por el Concesionario se encontraban en equilibrio, de manera que los recursos provenientes del recaudo de los peajes financiaban los usos del proyecto, los impuestos y los gastos operativos, entre otros. Sin embargo, este equilibrio se vio alterado por causas imprevistas no imputables al Concesionario, lo que hace necesaria su revisión judicial, debido a la excesiva onerosidad que supone el cumplimiento de las obligaciones de financiación y de cierre financiero del proyecto.

9.2.2 Posición de la ANI

Según ya se ha señalado, en la contestación de la reforma de la demanda principal, la ANI se opuso de manera general a las pretensiones del Concesionario por considerar que carecen de fundamento fáctico y jurídico. En cuanto a las pretensiones relativas a la ocurrencia de circunstancias imprevisibles e irresistibles que hacen excesivamente oneroso el cumplimiento del contrato, particularmente de las obligaciones de financiación, propuso como excepciones de mérito las que denominó “2. Fase contractual – Improcedencia de la revisión del contrato”; “2.1. Ruptura del equilibrio económico del contrato – inexistencia en el caso concreto”; “2.2. De la situación fáctica real – Indebida e inexacta presentación del

escenario fáctico y jurídico ligado a la ejecución del contrato por parte del concesionario – Cumplimiento del contrato por la ANI”; “2.1.2. De la situación relacionada con la disminución tarifaria (no estructuración del ius variandi o del hecho del príncipe)”; “2.1.3. De la situación relacionada con la afectación del tráfico por cuenta de la caída de los precios del petróleo (no estructuración de la teoría de la imprevisión”; “2.1.4. Del cumplimiento de la ANI de sus obligaciones derivadas del Otrosí 3 y de la definición del caso base que en dicho documento contractual se estableció”; “2.1.5. El contratista incumplió el deber de planeación”; y “3. De la imposibilidad jurídica de revisión contractual”.

En el mismo sentido, en la Demanda de Reconvención Reformada la ANI solicitó que se declare que las condiciones económicas del contrato existentes al momento de su celebración se han mantenido durante su ejecución y que cualquier circunstancia que haya tenido incidencia en el contrato, particularmente en relación con la obligación de obtener el cierre financiero, se produjo antes de su suscripción el 5 de mayo de 2015 (pretensiones décimo tercera y décimo cuarta). En subsidio, solicita que se declare que cualquier circunstancia que haya tenido incidencia en la ejecución del Contrato corresponde a un riesgo asumido por el originador, previsto o razonablemente previsible (pretensiones décimo cuarta subsidiaria y décimo cuarta subsidiaria consecuencial de la Demanda de Reconvención Reformada).

Finalmente, solicita que se declare que el equilibrio económico del contrato se ha mantenido durante toda la ejecución del contrato y que en consecuencia se declare que no procede su revisión ni su terminación (pretensiones décimo quinta y décimo sexta). En este mismo sentido, solicita que se declare que la ANI no se encuentra obligada a asumir riesgos que legal y contractualmente fueron asignados al contratista, particularmente los riesgos de tráfico y los riesgos financieros (pretensión décimo séptima).

Para sustentar lo solicitado, la ANI se refirió a la asignación de riesgos en cabeza del originador de las APP de iniciativa privada, a la ausencia de fuerza mayor y a que el surgimiento de los hechos que se alegan como imprevisibles se habría presentado desde antes de la celebración del contrato (la caída de los precios del petróleo se empezó a presentar tres meses antes de la adjudicación del contrato, por lo que alega que no son hechos sobrevinientes). Asimismo, manifestó que los argumentos de la parte convocante insinuarían que el Contrato busca asegurar un ingreso mínimo para el Concesionario, lo cual choca con la naturaleza de los contratos de concesión de cuarta generación.

En su alegato de conclusión señaló que ninguno de los eventos invocados por el Concesionario puede calificarse como imprevisible, debido a que considera que la disminución en el tráfico corresponde a uno de los riesgos asumidos por el concesionario (Capítulo XIII de la Parte Especial del Contrato de Concesión) y que el Concesionario falló al momento de realizar la socialización de lo que serían las tarifas que se cobrarían en los peajes (ineficiente gestión social).

9.2.3 Posición del Ministerio Público

En su concepto, el Ministerio Público realizó un análisis conceptual sobre la teoría de la imprevisión y el régimen de las Asociaciones Público Privadas, a partir del cual procedió a

estudiar los hechos ocurridos en el presente caso. Al hacerlo, manifestó que el Concesionario habría incurrido en errores en la escogencia del caso base y en la realización de ajustes posteriores en el modelo financiero, lo que se tradujo en una gestión del riesgo inadecuada. En consecuencia, consideró que en el caso que se analiza no se concreta el carácter imprevisible de los hechos sobrevinientes, indispensable para que la teoría de la imprevisión resulte aplicable.

En efecto, señaló que, para la estructuración del modelo financiero del proyecto, el Originador escogió, de tres modelos diferentes de proyecciones con los que contaba (optimista-moderado-conservador), el de proyecciones más altas, no obstante, lo cual el factor del tráfico en este proyecto era el que mayores incertidumbres generaba y era la única fuente de ingresos del Concesionario. Dada la sensibilidad de la variable del tráfico, el Concesionario asumió la posición más arriesgada. En consecuencia, la Procuraduría considera que no se satisface el requisito de imprevisibilidad de los sucesos acaecidos.

9.2.4 Posición de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Sobre el particular, la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado realizó un análisis sobre la asignación de los riesgos asociados a las concesiones de cuarta generación y la disminución del tráfico como un posible riesgo asumido por la parte convocante. En particular, sobre el riesgo financiero señaló que es obligación del originador de la propuesta conseguir el cierre financiero del proyecto y asegurar los recursos económicos que permitan llevar a cabo la etapa operativa del proyecto. Y sobre la alegada disminución en el tráfico, sostuvo que se trata de uno de los riesgos asumidos por el Concesionario conforme a lo pactado en el Capítulo XIII de la Parte Especial del Contrato de Concesión No. 004.

Además, expuso que los hechos que se alegan como imprevisibles ya se venían manifestando desde el momento de la adjudicación y celebración del contrato. Luego, manifestó que la aplicación del principio de planeación le hubiera permitido al convocante contar con mejor información que le permitiera advertir la dinámica cíclica del precio del petróleo y su influencia sobre el tráfico del proyecto, máxime si se tiene en cuenta la mayor diligencia que se exige al contratista cuando es él quien propone las condiciones del proyecto.

Por estas razones, la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado reiteró su posición de apoyo a la Agencia Nacional de Infraestructura en el sentido de solicitar que se nieguen las pretensiones de la Demanda Principal Reformada.

9.3 Consideraciones del Tribunal

9.3.1 La ruptura del equilibrio económico del contrato

De manera general, en los contratos estatales sinalagmáticos y conmutativos, caracterizados estos últimos porque las obligaciones que asume cada una de las partes frente a la otra se tienen como equivalentes entre sí, rige un principio que propende por preservar esa simetría y mantener las condiciones en que se celebró el respectivo negocio

jurídico. Este principio es el del denominado equilibrio económico o financiero del contrato, cuyo objetivo es preservar la ecuación financiera del contrato en los términos en que fue negociada y finalmente pactada por las partes.

En sede de contratación administrativa, este principio se encuentra consagrado en la Ley 80 de 1993, en el numeral 3° del artículo 4²⁷⁴, numeral 1° del artículo 5²⁷⁵ y en los artículos 27²⁷⁶ y 28²⁷⁷. De las normas jurídicas antes mencionadas, resulta necesario destacar el artículo 27, comoquiera que, de manera expresa, establece que en los contratos estatales debe mantenerse la equivalencia entre derechos y obligaciones, así como el criterio general para su restablecimiento. Dentro de este marco, en lo que respecta a su definición y contenido, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha descrito esta figura en los siguientes términos:

“El equilibrio económico del contrato corresponde a la ecuación contractual que surge una vez las partes celebran el negocio jurídico, de conformidad con la cual las prestaciones a cargo de cada una de las partes se miran como equivalentes a las de la otra. Así, el contratista cuya propuesta fue acogida por la administración, considera que las obligaciones que asume en virtud del contrato que suscribe, resultan proporcionales al pago que por las mismas pretende recibir, toda vez que al elaborar dicha oferta, ha efectuado un análisis de costo-beneficio, fundado en los estudios y proyecciones que realizó en relación con los factores determinantes del costo de ejecución de las prestaciones a su cargo y la utilidad que pretende obtener a partir de la misma.

“Para ello, tiene en cuenta todas las circunstancias imperantes en el momento de proponer, de índole material, jurídica, económica, social, laboral, etc., de tal manera que en la elaboración de los precios que ofrece a la administración,

²⁷⁴ “ARTÍCULO 4o. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: (...) 3°. Solicitarán la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato.”

²⁷⁵ “ARTÍCULO 5o. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONTRATISTAS. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta ley, los contratistas: 1°. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.”

²⁷⁶ “ARTÍCULO 27. DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

“Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.”

²⁷⁷ “ARTÍCULO 28. DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS REGLAS CONTRACTUALES. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.”

tiene en consideración factores tales como el sitio de ejecución contractual, la situación de orden público, los precios de los materiales y de la mano de obra, el costo de los equipos requeridos, las cargas tributarias que deberá asumir, etc., siendo uno de estos elementos a considerar para sus cálculos, el del tiempo que deberá invertir en la ejecución del objeto contractual, que constituye una variable importante en la determinación del valor de su oferta, que en virtud de la adjudicación, se tomará en el precio del contrato.”²⁷⁸

En similar sentido, la doctrina sostiene que el equilibrio económico del contrato se refiere a que *“durante la ejecución del contrato debe mantenerse una equivalencia o correspondencia entre las prestaciones que deben cumplir los cocontratantes. En ese orden de ideas, si tal correspondencia se rompe o resulta alterada, puede nacer el derecho para la parte afectada de que su cocontratante tome las medidas necesarias para restablecer el equilibrio”*²⁷⁹.

De conformidad con lo anterior, en los contratos estatales es imperativo mantener constante la igualdad o equivalencia entre los derechos y obligaciones en los términos en que se establecieron al momento de proponer o contratar. Surge así un deber de las partes de propender porque la ecuación financiera del contrato no se vea alterada durante la vigencia de la relación contractual y la consecuente obligación de reestablecerlo cuando se vea afectado, bajo ciertas reglas particulares, según la causa de la ruptura, con el correlativo derecho de la parte afectada para reclamar el ajuste correspondiente. La finalidad que se persigue con este principio es, entonces, garantizar que durante la ejecución del contrato se mantengan las condiciones técnicas y financieras que las partes tuvieron en cuenta para la celebración del contrato y que pudieron conocer oportunamente.

Sin embargo, es posible que la equivalencia objetiva entre las prestaciones de las partes se altere, ya sea por causas atribuibles a la conducta de una de ellas o por hechos ajenos a su comportamiento. En ese contexto, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha reiterado en múltiples pronunciamientos²⁸⁰ que las causas de la ruptura del

²⁷⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia de 27 de marzo de 2014. Rad. 20.912. C.P. Danilo Rojas Betancourth. En oportunidad anterior, el Consejo de Estado también había señalado:

“En virtud del principio de la ecuación financiera o equilibrio económico del contrato se persigue que la correlación existente al tiempo de su celebración entre las prestaciones que están a cargo de cada una de las partes del contrato, permanezca durante toda su vigencia, de tal manera que, a la terminación de éste, cada una de ellas alcance la finalidad esperada con el contrato. (...)

“El principio del equilibrio financiero del contrato, medular en el régimen jurídico de la contratación pública, consiste, entonces, en garantizar el mantenimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso, de manera que si se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán las medidas necesarias para su restablecimiento, so pena de incurrir en una responsabilidad contractual tendiente a restituir tal equilibrio”. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Rad. 18.080. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁷⁹ Rodríguez, Libardo. *El equilibrio económico en los contratos administrativos*. Ed. Temis (2009). pg. 10.

²⁸⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 26 de febrero de 2014. Rad. 24.169. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 16 de septiembre de 2013. Rad.

equilibrio económico del contrato son, principalmente, tres: (i) actos unilaterales de la entidad contratante, en su calidad de tal, que introduce modificaciones al contrato en ejercicio de la denominada potestas variandi o ius variandi; (ii) actos o hechos de la administración pública, ya no en su calidad de contratante sino en ejercicio de la función administrativa, que impactan en la ejecución del contrato, supuesto al que se le denomina “*hecho del príncipe*”; y (iii) hechos imprevisibles, externos a las partes, a los que se les aplica la teoría de la imprevisión. Más recientemente, la jurisprudencia ha señalado como cuarta causa de ruptura del equilibrio económico del contrato, el defecto en la formación del precio contractual imputable a la entidad contratante y se ha denominado a esta causal como “*afectación del valor intrínseco de la remuneración*”²⁸¹; sin embargo, se trata de una causal que aún no ha sido suficientemente desarrollada por la jurisprudencia e incluso existen pronunciamientos posteriores en los que no se hace referencia a ella como factor de ruptura del equilibrio económico del contrato²⁸². Según la causa que se configure en cada caso, el derecho al restablecimiento de la ecuación económica del contrato tendrá un alcance distinto: cuando se trata de la modificación unilateral del contrato, procede la reparación integral; en el caso del hecho del príncipe, en similar sentido, habrá lugar a la indemnización de todos los perjuicios que haya sufrido el contratista, lo que incluye los mayores costos y el lucro cesante; finalmente, en el supuesto de la teoría de la imprevisión, únicamente procede la compensación a favor del contratista para llevarlo al punto de no pérdida, sin que revista un carácter indemnizatorio y sin que el contratista pueda reclamar las utilidades dejadas de percibir.

Ahora bien, es importante hacer referencia a la distinción entre el incumplimiento del contrato, que necesariamente impacta en la ecuación económica del contrato, de la figura propiamente tal de la ruptura del equilibrio económico del contrato. La necesidad de esclarecer esta diferencia surge de la expresión contenida en el numeral 1° del artículo 5° de la Ley 80 de 1993, de conformidad con el cual “*si dicho equilibrio [de la ecuación económica del contrato] se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato*”. Sobre el particular, actualmente la jurisprudencia es pacífica en señalar que el incumplimiento contractual es un asunto de responsabilidad contractual que se rige por las reglas particulares que a ella son aplicables, por lo que se excluye en esos casos la aplicación del régimen propio de la ruptura del equilibrio económico del contrato. La jurisprudencia del Consejo de Estado recoge ese planteamiento en los siguientes términos:

“La ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato supone la alteración del sinalagma funcional (correlación y equivalencia en las prestaciones) pactado al inicio de la relación negocial, bien sea por la expresión del poder soberano del Estado, capaz de afectar el vínculo jurídico a través de decisiones con

30.571. M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 26 de febrero de 2004. Rad. 14.043. C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

²⁸¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 30 de agosto de 2017. Rad. 37.567. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico (E).

²⁸² Así ocurre, por ejemplo, con la sentencia proferida el 13 de noviembre de 2018, con ponencia de la consejera Marta Nubia Velásquez Rico, en la que no se hace referencia al defecto en la formación del precio como causal autónoma. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 13 de noviembre de 2018. Rad. 55.230. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

relevancia jurídica, bien por la voluntad de la parte que, dentro de la relación contractual, ostenta posición de supremacía frente a su co-contratante, bien por situaciones imprevistas, imprevisibles e irresistibles que impactan la economía del contrato o por hechos previsibles en cuanto a su ocurrencia, pero con efectos imprevistos e irresistibles (como la variación de precios), por razones no imputables a las partes.

“(…)

“El incumplimiento contractual, en cambio, tiene origen en el comportamiento antijurídico de uno de los contratantes, esto es, que asume un proceder contrario a las obligaciones que contrajo al celebrar el contrato y, como efecto principal, causa un daño antijurídico a la parte contraria que, desde luego, no está en la obligación de soportar; además, el incumplimiento genera la obligación de indemnizar integralmente los perjuicios causados a la parte cumplida.

“(…)

“Es de anotar que, si bien el inciso segundo del numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 contempla como uno de los supuestos de ruptura del equilibrio contractual el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los contratantes, en esencia las dos figuras se diferencian, no sólo por el origen de los fenómenos, tal como quedó explicado en precedencia, sino por las consecuencias jurídicas que emergen en uno y otro caso.

“En efecto, la fractura del equilibrio económico da lugar al restablecimiento del sinalagma funcional pactado al momento de proponer o contratar, según el caso, mientras que el incumplimiento da derecho, en algunos casos, a la ejecución forzada de la obligación o a la extinción del negocio y, en ambos supuestos, a la reparación integral de los perjuicios que provengan del comportamiento contrario a derecho del contratante incumplido, tanto patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) como extrapatrimoniales, en la medida en que se acrediten dentro del proceso, tal como lo disponen el artículo 90 de la Constitución Política (cuando el incumplimiento sea imputable a las entidades estatales) y los artículos 1546 y 1613 a 1616 del Código Civil, en armonía con el 16 de la Ley 446 de 1998.”²⁸³

Explicado lo anterior, procede ahora el Tribunal a analizar con el detalle que corresponde la teoría de la imprevisión, su noción, requisitos y efectos, toda vez que la parte Convocante en el presente proceso solicita que se declare que durante la ejecución del Contrato de Concesión No. 004 de 5 de mayo de 2015, ocurrieron hechos imprevistos y posteriores a la entrega del proyecto en etapa de factibilidad que afectaron de modo estructural el tráfico,

²⁸³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 14 de marzo de 2013. Rad. 20.524. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Ver también: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de 6 de mayo de 2015. Rad. 31.837. C.P. Olga Mélida Valle De La Hoz (E).

situación que a su vez genera una inviabilidad financiera del contrato en los términos pactados y hace excesivamente oneroso su cumplimiento, particularmente la ejecución de las obligaciones de financiación del proyecto.

9.3.2 La teoría de la imprevisión en los contratos estatales: noción, requisitos y efectos

En materia de contratación estatal, se configura una causal de ruptura del equilibrio económico del contrato cuando ocurren hechos imprevisibles y ajenos a las partes, que alteran en forma grave la ecuación financiera pactada y hacen excesivamente oneroso el cumplimiento de las obligaciones contraídas, sin que la ocurrencia de tales hechos conduzca a que su ejecución sea imposible. Es la llamada Teoría de la Imprevisión, que guarda relación con el principio de planeación estudiado en apartes anteriores de este laudo y con el denominado principio de previsibilidad o de contingencias plenas, al que deben sujetarse las partes del contrato. El primero de tales principios ordena, entre otras labores, adelantar una identificación y estimación previa de los posibles riesgos que puedan afectar el desarrollo del contrato que se va a celebrar, mientras que el principio de previsibilidad *“implica la sujeción plena a la identificación, tipificación y asignación lógica y proporcional entre las partes intervinientes, de los riesgos o contingencias del contrato, de manera tal que la estructuración del negocio se haga sobre la base de la anticipación lo más completa posible (...)”*²⁸⁴. La asignación de riesgos es, entonces, vinculante para las partes y aquel que haya aceptado el riesgo que finalmente venga a concretarse en la ejecución del contrato, en principio, deberá asumir sus consecuencias.

Como corolario de lo anterior, para la aplicación de la teoría de la imprevisión, el Consejo de Estado ha señalado que deben acreditarse los siguientes requisitos:

“3.7.- Debe tratarse de un contrato o un negocio jurídico de carácter conmutativo o sinalagmático, pues para proceder a la revisión o adecuación por hechos o circunstancias sobrevinientes, imprevistas o imprevisibles, se parte de la base de considerar que para la fecha en la que éste se celebró las partes saben o dan por sentado que su relación comercial es equitativa, o que las prestaciones a su cargo son conmutativas o simétricas.

“3.8.- Debe tratarse de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida en el tiempo, pues no resulta razonable que se proceda a su revisión o adecuación por circunstancias o hechos «sobrevinientes a su celebración» cuando las prestaciones a cargo de las partes deban ejecutarse de forma instantánea.

“3.9.- Que se presenten hechos o circunstancias sobrevinientes a la celebración del contrato que generen un desequilibrio o una onerosidad excesiva para uno de los cocontratantes frente al otro, pues para proceder a la revisión o

²⁸⁴ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico*. Universidad Externado de Colombia. Revista de Derecho Administrativo. No. 1. (junio de 2009). pg. 42.

adecuación de aquel, no resulta razonable que las partes hayan tenido conocimiento de éstos al momento de celebrarlo, razón por la cual los hechos o circunstancias deben ser sobrevinientes o posteriores a su celebración.

“3.10.- Que los referidos hechos o circunstancias hayan sido extraordinarios e imprevisibles para las partes en el contrato, es decir, que se salían de toda previsión, que no estuvieran comprendidos dentro de los riesgos inherentes a la actividad del contrato ni debían ser asumidos por alguna de éstas, o que no hubieran tenido la posibilidad de evitar su ocurrencia, pues si una de las partes ya tenía conocimiento de los hechos al celebrar el contrato o razonablemente hubiera podido preverlos o evitarlos, «dicha parte habría podido tomar las medidas oportunas, por lo que no podría invocar la excesiva onerosidad».

“3.11.- Que los hechos o circunstancias sean exógenos, es decir que sean ajenos a la voluntad de las partes y no hayan sido producto de su actividad, negligencia, descuido o temeridad.

“3.12.- Debe resaltarse en este punto que quien alega la imposibilidad de ejecutar las prestaciones a su cargo con ocasión de hechos o circunstancias sobrevinientes, no sólo debe demostrar que él no fue el causante de dichas circunstancias que generaron el desequilibrio económico, sino también que desplegó todos los mecanismos o medios tendientes a morigerar su impacto.

“3.13.- Que el desequilibrio o alteración económica del contrato sea excesiva, anormal o fundamental.

“3.14.- Que la revisión o adecuación del contrato por hechos o circunstancias sobrevinientes se alegue o se invoque antes de realizarse el pago respectivo (...).”²⁸⁵

En similar sentido, en sede arbitral se han identificado los siguientes requisitos para la aplicación de la teoría de la imprevisión como causal de restablecimiento del equilibrio económico en los contratos estatales:

“(…), para que se configure el evento de rompimiento del equilibrio económico del contrato se requiere i) que con posterioridad a la celebración del contrato se presente un hecho extraordinario, ajeno o exógeno a las partes; ii) que ese hecho altere de manera anormal y grave, la ecuación económica del contrato; iii) que esa nueva circunstancia sea imprevista o imprevisible, esto es, que no hubiera podido ser razonablemente previsible por las partes; iv) que esa circunstancia imprevista dificulte a la parte que la invoca la ejecución del

²⁸⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de 8 de febrero de 2017. Rad. 54.614. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

*contrato, pero no la enfrente a un evento de fuerza mayor que imposibilite su continuación.*²⁸⁶

Asimismo, se ha señalado al respecto lo siguiente:

*“En la teoría de la imprevisión el factor riesgo es el que determina la lesión sobreviniente y de él se vale la doctrina para que, ante circunstancias extraordinarias anormales e imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato administrativo, pero temporarias o transitorias, que alteran la ecuación económica-financiera de tal contrato deteriorando dicha ecuación en perjuicio del contratante, este puede requerir la ayuda pecuniaria del Estado para obviar la crítica situación y poder, así, cumplir o seguir cumpliendo el contrato. Desde luego, tales circunstancias han de ser ajenas a la voluntad del contratante (...).”*²⁸⁷

En sentido semejante:

*“Las situaciones imprevistas identificadas en la Ley 80, se insiste, para que puedan servir de fundamento a la preservación de la ecuación económica, deben girar en torno, por lo menos, a los siguientes supuestos: (i) No deben ser imputables al contratista o razonablemente previstas por este, es decir, no puede entrar en la composición la conducta del contratista en la ocurrencia de las situaciones imprevistas; (ii) deben provenir de hechos posteriores a la celebración del contrato de ejecución sucesiva imprevistos, imprevisibles y excepcionales; (iii) deben ser de tal naturaleza que la previsión humana no sea lo suficientemente apta o capaz para conjurar su ocurrencia.”*²⁸⁸

Y en oportunidad más reciente se señaló:

“(...) debe tratarse de un hecho ajeno a las partes. El desequilibrio financiero del contrato, como la alteración de sus condiciones de ejecución, no debe ser imputable a la conducta del contratista ni de la administración. Debe tratarse de eventos por completo externos a las partes, por lo que la culpa, los errores de comportamiento previos o presentes en la ejecución del contrato no tendrían esa virtualidad y no podrían, en consecuencia, generar el reconocimiento del derecho a la compensación de sus efectos en la economía o en el equilibrio del contrato.

²⁸⁶ Tribunal de Arbitramento de Unión Temporal Concesión Vial Los Comuneros v. Agencia Nacional de Infraestructura. Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo de 26 de julio de 2017. Árbitros: Alfredo Fuentes Hernández (presidente), Antonio Gómez Merlano y Alfonso Beltrán García.

²⁸⁷ Tribunal de Arbitramento de Concesión Santa Marta Paraguachón v. Instituto Nacional de Vías. Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo de 31 de mayo de 2004. Árbitros: Jorge Arango Mejía (presidente), Jaime Ossa Arbeláez y Carlos Eduardo Naranjo Flórez.

²⁸⁸ Tribunal de Arbitramento de Caracol Televisión v. Comisión Nacional de Televisión. Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo de 10 de noviembre de 2004. Árbitros: Antonio José De Irisarri (presidente), José Alejandro Bonivento y Ramón Eduardo Madriñán.

“Debe ser un hecho imprevisto e imprevisible al momento de contratar. Se trata de una aplicación de la teoría de la imprevisión aunque en derecho administrativo ésta adopta particularidades propias de los contratos celebrados por la administración, en aras de garantizar la ejecución de los fines de la contratación estatal y la continuidad en la prestación del servicio en lo cual se encuentra implícito el interés general.

“(…)

“Debe tratarse también de un hecho anormal, extraordinario, que genere un trastorno grave a la economía contractual. Debe ser un evento que exceda el azar normal inherente a todo contrato, que sobrepase de manera excepcional los riesgos propios de la ejecución de la obra o servicio de que se trate.

“Esta condición excluye todo aquello que sea un riesgo que el contratista haya asumido expresamente en el contrato o hubiera debido asumir en condiciones normales.”²⁸⁹

De las citas precedentes se desprende que, para efectos de que en un caso concreto haya lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión, es necesario verificar la concurrencia de los siguientes requisitos: (i) debe tratarse de un contrato bilateral, conmutativo y de ejecución sucesiva, debido a que únicamente puede hacerse referencia a un “equilibrio económico” cuando existen prestaciones recíprocas entre las partes, que se consideran como equivalentes y que están llamadas a cumplirse de manera diferida en el tiempo, comoquiera que es a lo largo del tiempo que pueden surgir hechos que alteren la ecuación financiera del contrato; (ii) debe tratarse de hechos sobrevinientes, esto es, posteriores a la celebración del contrato; (iii) que los hechos sean imprevisibles y extraordinarios para las partes; (iv) asimismo, que sean externos a los contratantes, es decir, que no se encuentren dentro de su círculo de control; y (v), finalmente, que los hechos que revistan tales características impacten de manera grave y anormal en la ecuación financiera del contrato.

Por su relevancia para la decisión del caso concreto, el Tribunal procede a estudiar con mayor detalle los tres últimos requisitos enunciados²⁹⁰, con la siguiente advertencia previa: en la Demanda Principal Reformada, la parte convocante hace referencia a la ocurrencia de hechos imprevisibles e irresistibles para efectos de solicitar la revisión del contrato. Sin embargo, se ha sostenido unánimemente por la jurisprudencia y la doctrina que la irresistibilidad es un requisito de la fuerza mayor que opera en sede de responsabilidad y

²⁸⁹ Tribunal de Arbitramento de Consorcio HNV-DOG v. Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. Laudo de 14 de julio de 2017. Árbitro único: Hernando Herrera Mercado.

²⁹⁰ Al respecto, la jurisprudencia suele hacer referencia a estos tres requisitos así: “i) que los contratistas no hayan podido razonablemente prever los hechos que trastornan la ejecución del contrato, dado su carácter excepcional (guerra, crisis económica grave, etc.), ii) estos hechos deben ser independientes a su voluntad, iii) esas circunstancias deben provocar un trastorno de las condiciones de ejecución del contrato. La desaparición del beneficio de los contratantes, la existencia de un déficit, no son suficientes: hace falta que la gravedad y la persistencia del déficit excedan lo que el cocontratante haya podido y debido razonablemente prever”. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de 6 de mayo de 2015. Rad. 31.837. C.P. Olga Mélida Valle De La Hoz (E).

que se dirige a desvirtuar la existencia de un nexo causal entre el daño y la conducta presuntamente dañosa²⁹¹. En consecuencia, no resulta aplicable a la teoría de la imprevisión, puesto que en el supuesto de la fuerza mayor hay una imposibilidad de ejecución de la prestación, mientras que en la imprevisión lo que ocurre es que su cumplimiento se hace excesivamente oneroso.

Precisado lo anterior, respecto del requisito conforme al cual el hecho debe ser imprevisible y extraordinario, se ha explicado en material arbitral que *“no significa que sea absolutamente imprevisible, sino que debe tenerse en cuenta un criterio de razonabilidad”*. Para efectos de fijar su alcance, el Consejo de Estado ha acudido a los criterios establecidos por la Corte Suprema de Justicia, que corresponden a los que se citan a continuación:

“Imprevisible, es todo evento que en forma abstracta, objetiva y razonable no puede preverse con relativa aptitud o capacidad de previsión, «que no haya podido preverse, no con imposibilidad metafísica, sino que no se haya presentado con caracteres de probabilidad... Hay obligación de prever lo que es suficientemente probable, no lo que es simplemente posible. Se debe prever lo que es normal, no hay porque prever lo que es excepcional» (cas. civ. sentencia de 27 de septiembre de 1945, LIX, 443), o según los criterios generalmente admitidos, poco probable, raro, remoto, repentino, inopinado, sorpresivo, súbito, incierto, anormal e infrecuente, sin admitirse directriz absoluta, por corresponder al prudente examen del juzgador en cada caso particular (cas. civ. sentencias de 5 de julio de 1935; 26 de mayo de 1936; 27 de noviembre de 1942; 20 de noviembre de 1989; 31 de mayo de 1995; 20 de junio de 2000, Exp. 5475). Imprevisto, es el acontecimiento singular no previsto ex ante, previa, antelada o anticipadamente por el sujeto en su situación, profesión u oficio, conocimiento, experiencia, diligencia o cuidado razonable. Lo extraordinario u ordinario, previsible e imprevisible, previsto e imprevisto, no obedece a un criterio absoluto, rígido e inflexible sino relativo, y está deferido a la ponderada apreciación del juzgador en cada caso según la situación

²⁹¹ “Al respecto, conviene recordar que la jurisprudencia contencioso administrativa ha señalado que la fuerza mayor, como hecho exógeno, imprevisible e irresistible, constituye una causa eximente de responsabilidad por tener la virtud de interrumpir o desvirtuar el nexo causal entre el hecho y la ruptura de la ecuación financiera del contrato y de los perjuicios irrogados al contratista por tal concepto, en cuanto su acaecimiento torna imposible la ejecución del objeto contractual, evento este que en todo caso resulta diferente de los hechos sobre los cuales se edifica la teoría de la imprevisión, donde la ejecución de la prestación a cargo del cocontratante no se torna en imposible sino que entraña una mayor onerosidad que acarrea el desequilibrio de la ecuación financiera”. - Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *Compendio de derecho administrativo*. Ed. Universidad Externado (2017). pg. 715. Asimismo, la justicia arbitral señala: “La «irresistibilidad» como característica propia de la fuerza mayor -artículo 1º, Ley 95 de 1890- no es aplicable tratándose de la «teoría de la imprevisión», pues en esta última, pese a que la ejecución del contrato se vuelva más gravosa debido a la ocurrencia de circunstancias extraordinarias, sí puede cumplirse el objeto contractual”. - Tribunal de Arbitramento de Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. – CABG v. Instituto Nacional de Concesiones – INCO, hoy Agencia Nacional de Infraestructura – ANI. Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo de 13 de enero de 2016. Exp. 2121. Árbitros: Juan Pablo Cárdenas (presidente), Gabriel Jaime Arango Restrepo y Germán Gómez Burgos.

*específica, el marco fáctico de circunstancias, el estado del conocimiento, el progreso, el deber de cuidado exigible y la experiencia decantada de la vida.*²⁹²

La cuestión de la imprevisibilidad del hecho guarda estrecha relación con la tipificación, estimación y asignación de los riesgos, como manifestación del principio de planeación, de conformidad con lo señalado en acápites precedentes de este laudo. En efecto, en cumplimiento del deber de planeación, a las partes les corresponde, de manera previa a la celebración del contrato, identificar las contingencias que podrían afectar el proyecto, la magnitud de las mismas y determinar qué sujeto de la relación contractual se encuentra en mejor posición de gestionar el riesgo conforme a su capacidad para mitigar los efectos nocivos del mismo y la experiencia particular que posea. Es así que las partes, en la etapa de negociación y estructuración del contrato, deben adelantar un ejercicio de planeación y previsión de riesgos, conforme al tipo de contrato que van a celebrar, su objeto, la calidad de los contratantes, la información con la que cuentan las partes y la capacidad de cada una de ellas para administrar las contingencias. A su vez, existe un deber de diligencia que las partes deben observar en la etapa precontractual, toda vez que la teoría de la imprevisión resulta inaplicable cuando los hechos se previeron o pudieron preverse, de manera que, incluso si los contratantes omitieron tipificar o estimar un riesgo, no habrá lugar a aplicar las consecuencias de la teoría de la imprevisión si se acredita que, dadas las circunstancias particulares del caso y los conocimientos de las partes involucradas, el hecho era de probable ocurrencia y ellas podían contemplarlo de antemano.

Al análisis anterior se suma el carácter extraordinario que debe revestir el hecho que da lugar a la concreción del riesgo, toda vez que en ocasiones el acontecimiento pudo ser previsible e incluso es posible que se haya asignado a una de las partes la obligación de soportar la contingencia en caso de que ella se concrete, pero sus consecuencias nocivas pueden sobrepasar el nivel de riesgo asumido. Al respecto, en material arbitral se ha señalado lo siguiente: *“por otro lado, debe también establecer[se] que no se trata de un riesgo que deba soportar o que, si lo es, se trate de un riesgo extraordinario, es decir que excede el nivel de riesgo que está obligado a soportar”*²⁹³.

En segundo lugar, el hecho imprevisible debe ser ajeno a las partes, es decir, no debe provenir de hechos que les sean imputables ni de circunstancias que hagan parte de su órbita de actuación y control. Sobre este requisito, la justicia arbitral señala que *“las circunstancias que originan el desequilibrio no han de ser imputables al deudor y en tal medida deben exceder los riesgos asumidos por aquel, y no pueden ser provocadas por su omisión u acción, dolo o culpa. Dice la Corte: «La ajenidad de los hechos sobrevenidos al deudor es necesaria en la imprevisión, en tanto extraños a su órbita, esfera o círculo de riesgo, conducta, comportamiento, acción u omisión, hecho o acto, que no las haya*

²⁹² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 21 de febrero de 2012. Rad. 11001-3103-040-2006-00537-01. M.P. William Namén Vargas. Ver también: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia de 26 de julio de 2012. Rad. 22.756. C.P. Danilo Rojas Betancourth.

²⁹³ Tribunal de Arbitramento de Comisión Nacional de Televisión CNTV v. CEETTV S.A. Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo de 3 de abril de 2013. Árbitros: Marcela Monroy Torres (presidente), Juan Pablo Cárdenas Mejía y Jorge Cubides Camacho.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

causado, motivado, agravado, incurrido en dolo o culpa u omitido medidas idóneas para evitarlos o atenuar sus efectos, siéndole exigible y pudiendo hacerlo. Los eventos pueden originarse en la otra parte, nunca en la afectada, pues al serle imputable jamás podrá invocar su propio acto. Y lo que se dice de la parte comprende el hecho de las personas por quienes responde legal o contractualmente»²⁹⁴.

Finalmente, debe verificarse que las circunstancias imprevistas hagan excesivamente onerosa la prestación. Sobre este particular requisito se ha explicado lo siguiente:

“La ley no precisa qué significa excesivamente oneroso. A este respecto debe observarse que debe existir un aumento en la onerosidad del contrato, por consiguiente, y partiendo de la base [de] que el contratista asume todas las aleas que previsiblemente se pueden presentar, es menester concluir que se debe sobrepasar el alea normal del contrato en cada caso concreto, pues en cada negocio pueden cambiar las previsiones de las partes; por lo demás lo que debe tomarse en cuenta es el contrato y no la situación particular de un contratante. Por otra parte, tal aumento debe ser excesivo. (...)”

“Desde este punto de vista observa el Tribunal que la ley ha calificado la onerosidad de excesiva, precisamente con el propósito de evitar que la teoría de la imprevisión ponga en peligro la estabilidad de los contratos, por lo cual a juicio del Tribunal no basta que se exceda el alea normal, sino que es necesario que se llegue más allá y que sea evidente que la onerosidad afecta profundamente la economía del contrato de tal manera que no sea tolerable tal sacrificio a la luz de la buena fe.”²⁹⁵

En este mismo sentido, el Consejo de Estado, con fundamento en la doctrina, sostiene que la alteración de la economía del contrato debe ser tal *“que las consecuencias de la circunstancia imprevista excedan, en importancia, todo lo que las partes contratantes han podido razonablemente prever. Es preciso que existan cargas excepcionales, imprevisibles, que alteren la economía del contrato. El límite extremo de los aumentos que las partes habían podido prever (...). Lo primero que debe hacer el contratante es, pues, probar que se halla en déficit, que sufre una pérdida verdadera. Al emplear la terminología corriente, la ganancia que falta, la falta de ganancia, el *lucrum cessans*, nunca se toma en consideración. Si el sacrificio de que se queja el contratante se reduce a lo que deja de ganar, la teoría de la imprevisión queda absolutamente excluida. Por tanto, lo que se deja de ganar no es nunca un alea extraordinario; es siempre un alea normal que debe permanecer a cargo del contratante»²⁹⁶.*

²⁹⁴ Tribunal de Arbitramento de Unión Temporal Aeropuerto El Dorado v. Compañía de Desarrollo Aeropuerto El Dorado S.A. Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo de 15 de diciembre de 2015. Árbitros: Juan Manuel Garrido (presidente), William Namén Vargas y Alejandro Venegas Franco.

²⁹⁵ Tribunal de Arbitramento de Coninsa & Ramon H. S.A. v. Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo de 12 de septiembre de 2005. Árbitros: Gilberto Peña Castrillón (presidente), Jorge Suescún Melo y Juan Pablo Cárdenas Mejía.

²⁹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 29 de mayo de 2003. Rad. 14.577. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Lo anterior se justifica por el interés general involucrado en la celebración de contratos por parte del Estado, tendientes a la satisfacción de necesidades colectivas, puesto que el contratista, en este escenario, actúa como colaborador de la administración, de manera que su interés particular debe ceder ante el general. Por tanto, la alteración de la ecuación financiera del contrato, para efectos de que sea calificada como grave o anormal, no puede limitarse a una disminución en el ingreso esperado del contratista, ni tampoco a la privación total de su remuneración, sino que, en el caso particular de la imprevisión, debe suponer una pérdida, un gasto, una erogación adicional, etc. Y es precisamente por esta razón que el numeral 1° del artículo 5° de la Ley 80 de 1993 prescribe que el contratista tendrá derecho a que la administración le restablezca la ecuación económica del contrato a punto de no pérdida cuando ocurran circunstancias imprevistas que la alteren, sin que haya lugar a una indemnización plena de perjuicios que comprenda, por ejemplo, el lucro cesante. Esta circunstancia de grave alteración del equilibrio económico debe hacer excesivamente oneroso el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, pero sin imposibilitar su ejecución.

La teoría de la imprevisión, en conclusión, tiene lugar cuando hechos imprevisibles y externos a las partes impactan en el contrato y generan una alteración anormal de la ecuación financiera inicialmente pactada, de manera que el cumplimiento de las prestaciones se torne excesivamente oneroso a pesar de que sea posible su ejecución. Para su procedencia, el Tribunal reitera que es necesario probar los siguientes requisitos: (i) que entre las partes existe un contrato bilateral, conmutativo y de ejecución sucesiva; (ii) que se presentaron hechos sobrevinientes ajenos al círculo de control de las partes y que no son atribuibles a ninguna de ellas; (iii) que el hecho era imprevisible; y (iv) que se presentó una alteración grave y anormal respecto del equilibrio económico del contrato que hace excesivamente oneroso su cumplimiento. En caso de que se reúnan estos requisitos, habrá lugar al restablecimiento del equilibrio que implica llevar al contratista a punto de no pérdida.

9.3.3 Análisis del caso concreto

Una vez analizados desde el punto de vista teórico los requisitos que se deben acreditar por quien pretenda la aplicación de la teoría de la imprevisión en materia de contratación estatal, a continuación, el Tribunal procederá a estudiar si dichos presupuestos se presentan en el caso objeto de estudio.

9.3.3.1 El carácter conmutativo, bilateral y de ejecución sucesiva del Contrato de Concesión No. 004 de 5 de mayo de 2015

El primer requisito para la procedencia de la teoría de la imprevisión, conforme se estudió en líneas anteriores, consiste en que el contrato respecto del que se alega la ruptura del equilibrio económico, revista las características de ser bilateral, conmutativo y de ejecución sucesiva, puesto que únicamente respecto de estos contratos es posible predicar una equivalencia entre derechos y obligaciones de las partes, considerada al momento de proponer, que debe mantenerse a lo largo de la ejecución contractual.

Respecto del carácter sinalagmático del contrato, el artículo 1496 del Código Civil (aplicable a la contratación estatal en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993) dispone que los contratos son bilaterales cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente. Sobre esta noción, refiriéndose a los contratos celebrados por la Administración Pública, la Corte Constitucional ha señalado que los contratos bilaterales o sinalagmáticos son aquellos *“caracterizados por prever el surgimiento de prestaciones mutuas o correlativas a cargo de los sujetos que integran la relación jurídico negocial”*²⁹⁷.

En el caso del Contrato de Concesión No. 004 de 5 de mayo de 2015, encuentra el Tribunal que las partes se obligaron recíprocamente, en cada una de las etapas del contrato, en los siguientes términos:

1. En la Fase de Preconstrucción: en términos generales, el Concesionario se obligó a obtener la financiación del Proyecto; realizar los giros de Equity al Patrimonio Autónomo; celebrar los contratos de diseño y de construcción; entregar el plan de adquisición de predios; entregar el plan de compensaciones socioeconómicas; tramitar los permisos o licencias ambientales requeridos; adelantar la gestión predial; presentar el plan para manejo de redes; efectuar la operación y mantenimiento del Proyecto, entre otras (Cláusula 4.2. del Contrato, Parte General²⁹⁸). Por su parte, la ANI se obligó en esta etapa a realizar la entrega de la infraestructura al concesionario; cooperar en los trámites ante las autoridades estatales; cooperar en la gestión predial y desarrollar las actividades necesarias para ejercer control sobre la mencionada gestión; informar a la Policía de Carreteras sobre el inicio del Proyecto, entre otras. (Cláusula 4.3. del Contrato, Parte General²⁹⁹).
2. En la Fase de Construcción: el Concesionario asumió las obligaciones de efectuar la Operación y Mantenimiento del Proyecto; obtener y mantener vigentes las garantías; asegurarse de que los contratistas mantengan los equipos y materiales requeridos para la ejecución de las obras, y que cumplan con las normas laborales y de riesgos profesionales; tramitar los permisos ambientales para adelantar la intervención de cada Unidad Funcional; efectuar la gestión predial; establecer un sistema de gestión de calidad, etc. (Cláusula 4.5. del Contrato, Parte General³⁰⁰). La ANI, a su vez, se obligó a desarrollar todas las actividades necesarias para el control y seguimiento de la gestión predial; controlar el cumplimiento de las obligaciones del Concesionario; cooperar con el Concesionario en los trámites ante autoridades ambientales y en la gestión predial; coordinar lo relacionado con la intervención de redes, etc. (Cláusula 4.6. del Contrato, Parte General)³⁰¹.

²⁹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-892 de 22 de agosto de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²⁹⁸ Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 004. Parte General. pg. 103-110. Visible a folios 86 a 89 (reverso) del Cuaderno de Pruebas número 1.

²⁹⁹ Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 004. Parte General. pg. 110-111. Visible a folios 89 (reverso) a 90 del Cuaderno de Pruebas número 1.

³⁰⁰ Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 004. Parte General. pg. 112-116. Visible a folios 90 (reverso) a 92 (reverso) del Cuaderno de Pruebas número 1.

³⁰¹ Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 004. Parte General. pg. 116-117. Visible a folios 92 (reverso) a 93 del Cuaderno de Pruebas número 1.

3. En la Etapa de Operación y Mantenimiento: como prestaciones a cargo del Concesionario se establecieron la operación y prestación de servicios de mantenimiento sobre las intervenciones que constituyan cada una de las unidades funcionales; mantener la circulación, el nivel de servicio y los estándares de calidad; mantener y reponer los equipos; colaborar con las autoridades de tránsito en el diseño y puesta en marcha de programas y planes de educación y seguridad vial; etc. (Cláusula 9.2. del Contrato, Parte General³⁰²). A cargo de la ANI se establecieron las prestaciones de efectuar los traslados de recursos al Patrimonio Autónomo necesarios para el pago oportuno de la Retribución; controlar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Contrato; entre las más relevantes (Cláusula 9.3. del Contrato, Parte General³⁰³).

Se desprende de lo anterior que las partes convinieron contractualmente el surgimiento de obligaciones recíprocas entre ellas, por lo que el negocio jurídico celebrado se subsume dentro del supuesto de hecho contemplado en el artículo 1496 del Código Civil y reviste la naturaleza de ser un contrato bilateral o sinalagmático.

En cuanto a la segunda de las características mencionadas, esto es, que el contrato sea conmutativo, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha conceptuado lo siguiente:

“e) Por último, el contrato de concesión, por ser oneroso, tiene la característica de ser conmutativo, en los términos del artículo 1498 del Código Civil, que establece lo siguiente:

“«Artículo 1498.- El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio».

“Esta característica tiene incidencia directa en la aplicación de las disposiciones relativas al equilibrio financiero del contrato que contempla la ley 80, como se verá más adelante.”³⁰⁴

En este orden de ideas, y teniendo en cuenta (i) las obligaciones asumidas por las partes, (ii) que se trata de un contrato de concesión en virtud del cual se otorga una autorización para que el Concesionario, por su cuenta y riesgo, lleve a cabo el Proyecto, (iii) procurando la satisfacción del interés general que va envuelto en los contratos celebrados por la Administración Pública y (iv) la necesidad de incentivar la participación privada en el desarrollo de proyectos de infraestructura, en virtud de la cual el contratista actúa como

³⁰² Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 004. Parte General. pg. 147-150. Visible a folios 108 a 109 (reverso) del Cuaderno de Pruebas número 1.

³⁰³ Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 004. Parte General. pg. 150. Visible a folio 109 (reverso) del Cuaderno de Pruebas número 1.

³⁰⁴ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 9 de febrero de 2006. Rad. 1674. C.P. Gustavo Aponte Santos.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

colaborador de la administración y asume una serie de riesgos en la ejecución del proyecto a cambio de una remuneración, es claro que el contrato de concesión, en particular el Contrato de Concesión No. 004 de 5 de mayo de 2015, es un contrato conmutativo. En efecto, las prestaciones que una y otra parte asumieron se miran como equivalentes, entendido el artículo 1498 del Código Civil con un matiz particular, comoquiera que *“en el contrato estatal el fenómeno de la conmutatividad se plantea sobre la base del equilibrio, del supuesto de igualdad o equivalencia proporcional y objetiva de las prestaciones económicas, aspecto que genera obligaciones ordenadoras para la administración pública responsable del contrato estatal”*³⁰⁵.

Asimismo, se trata de un contrato de ejecución sucesiva, en la medida en que las prestaciones deben ejecutarse por un periodo determinado que corresponde al plazo del contrato, pactado en los siguientes términos:

“2.4. Plazo del Contrato

*“(a) El plazo del Contrato es variable, y transcurrirá entre la Fecha de Inicio y la fecha en que termine la Etapa de Reversión. (...)”*³⁰⁶

Finalmente, conviene destacar que, si bien se ha discutido la aplicación de la teoría de la imprevisión en materia de contratos de concesión, en los que el contratista actúa por cuenta y riesgo propio, lo que se traduce en que asume una mayor carga, lo cierto es que a nivel arbitral se ha sostenido que procede la aplicación de esta teoría, en los términos que a continuación se transcriben:

*“Debe observarse que, si bien existieron dudas inicialmente sobre la aplicación de la teoría de la imprevisión a los contratos de concesión, pues de conformidad con el artículo 32 de la ley 80 de 1993, el concesionario actúa por su cuenta y riesgo, lo cierto es que la jurisprudencia ha reconocido la aplicación de la teoría en esta clase de contratos pues los riesgos que asume el concesionario son los riesgos normales. En este sentido la Corte Constitucional ha señalado que «si bien es cierto el concesionario asume la mayor parte de los riesgos, no está obligado a asumir la carga pecuniaria de cambios de las condiciones de ejecución imprevisibles, que no se comprometió a soportar y que no le son imputables». En este punto no sobra además recordar que la primera gran aplicación de esta figura en los contratos estatales por parte del Consejo de Estado Francés el 30 de marzo de 1916 se refirió a un contrato de concesión.”*³⁰⁷

En conclusión, el Contrato de Concesión No. 004 de 5 de mayo de 2015 es un contrato sinalagmático, conmutativo y de ejecución sucesiva, debido a que en él se pactaron

³⁰⁵ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *Compendio de derecho administrativo*. Ed. Universidad Externado (2017). pg. 695.

³⁰⁶ Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 004. Parte General. pg. 45. Visible a folio 57 del Cuaderno de Pruebas número 1.

³⁰⁷ Tribunal de Arbitramento de Sociedad de Objeto Único Concesionaria Este Es Mi Bus S.A.S. v. Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A. Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo de 6 de julio de 2018. Árbitros: Ernesto Rengifo García (presidente), Juan Pablo Cárdenas Mejía y William Namén Vargas.

prestaciones recíprocas entre las partes, de las que se predica una equivalencia y que deben ejecutarse durante un periodo de tiempo estipulado contractualmente. En consecuencia, el Tribunal considera cumplido el primer requisito arriba enunciado.

9.3.3.2 Situación ajena a la voluntad de las partes contratantes

Como se expuso previamente, para que un conjunto de hechos o circunstancias sobrevinientes den lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión, es necesario que estos sean ajenos a la voluntad de las partes del contrato, es decir, que sean exógenos y no hayan sido producto de su actividad, negligencia, descuido o temeridad. Sobre el particular, encuentra el Tribunal que este requisito se cumple en el caso objeto de estudio, puesto que el tránsito de vehículos por la infraestructura vial objeto del Contrato de Concesión No. 004 de 2015 no dependía de las partes, para quienes sus posibles variaciones eran exógenas o externas a su actividad.

Un primer elemento que permite corroborar el carácter exógeno del suceso en el que la parte convocante ha fincado la pretensión que se analiza, es que la economía del Contrato se fundamenta en el flujo de vehículos y su dependencia de las actividades económicas de la zona. Es por esto que, durante las etapas de prefactibilidad y factibilidad, el Concesionario presentó estudios que permitían proyectar el tránsito vehicular con base en las condiciones macroeconómicas de la zona.

En efecto, en el estudio realizado por Link-C Consultores S.A.S., que sirvió para la proyección del flujo vehicular durante la ejecución del Contrato, se incorporó un modelo que pretendía explicar el tránsito de vehículos en función del PIB nacional, en el que se señaló que el 96% de la variación del tráfico se explica por la variación del PIB nacional. Independientemente de las críticas que se le puedan realizar a esta formulación por la subestimación de otros factores, se destaca la alta relación que se establece entre el tráfico y el mencionado indicador macroeconómico, lo que reduce considerablemente el efecto que pueden tener otros factores internos al contrato, como, por ejemplo, las acciones u omisiones de las partes.

Adicionalmente, el carácter exógeno del tráfico vehicular se puede evidenciar en la manera como las partes del Contrato manejaron los riesgos y su asignación. Así, al reconocer que el flujo vehicular era fundamental para la obtención de ingresos por concepto de peajes para el Concesionario, pero que el tráfico podía variar por razones ajenas a la voluntad de las partes, en el Contrato se incluyeron los efectos positivos o negativos derivados de su variación como un riesgo y, como tal, fue asignado al Concesionario. Previamente, el Concesionario incluyó, en la matriz de riesgos presentada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público durante la etapa de factibilidad del proyecto, riesgos comerciales y de liquidez asociados con los posibles menores ingresos originados en la disminución del recaudo de peajes.³⁰⁸ Estos elementos de juicio permiten afirmar que la variación del flujo de vehículos era exógena a las partes y, de hecho, tal circunstancia fue contemplada como un riesgo que podía alterar la economía del contrato.

³⁰⁸ Folio 7 del Cuaderno de Pruebas número 1.

Finalmente, el carácter exógeno de la variación del tráfico de vehículos quedó en evidencia durante la ejecución del contrato. Según la parte convocante, no fue ningún hecho de las partes, sino un choque externo relacionado con aspectos macroeconómicos, el que determinó la variación del tránsito vehicular en la zona de influencia del Contrato durante la época de su ejecución. Concretamente, esta consecuencia fue atribuida a las circunstancias que afectaron a la industria petrolera nacional e internacional. Durante el proceso, se discutió extensamente la relación entre la disminución del tránsito de vehículos por el corredor vial concesionado y los cambios experimentados por la industria petrolera en el Departamento del Meta, así como por la fluctuación del precio del petróleo a nivel internacional, de donde se colige que no fue objeto de discusión o cuestionamiento si el origen de esa situación se encontraba en acciones u omisiones de las partes del Contrato.

Por las razones anteriormente mencionadas, y con base en la información que reposa en el expediente, el Tribunal concluye que las circunstancias relacionadas con la variación del tráfico de vehículos por el corredor vial objeto de la concesión no puede ser atribuida a las partes del Contrato de Concesión. Por lo anterior, se considera que los hechos y las circunstancias relacionados con estos cambios son exógenos a ellas, cumpliéndose así el segundo requisito para la aplicación de la teoría de la imprevisión.

9.3.3.3 El carácter imprevisible de los hechos alegados por el Concesionario

El tercer presupuesto que se debe acreditar cuando se pretende la aplicación de la teoría de la imprevisión es el carácter imprevisible de los hechos o las circunstancias que hayan dado lugar al desequilibrio económico del contrato, lo que debe ser evaluado de conformidad con los lineamientos teóricos previamente esbozados.

Por tanto, en el estudio sobre la prosperidad o no de este grupo de pretensiones resulta necesario determinar si las variaciones en el flujo de vehículos después de la celebración del Contrato pueden ser catalogadas como imprevisibles para las partes o si, por el contrario, se evidencia que estas hubieran podido anticipar la ocurrencia de los hechos materia de la controversia y tomar acciones para la mitigación del riesgo que dichos cambios generaban para la adecuada ejecución del Contrato.

Al respecto, el Tribunal reitera las consideraciones y conclusiones realizadas al estudiar las pretensiones vigésima séptima y trigésima tercera de la Demanda Principal Reformada, en las que, en síntesis, se determinó que las variaciones del tráfico en el corredor vial concesionado no pueden considerarse estructurales ni imprevisibles.

En todo caso, para efectos de decidir las pretensiones particularmente referidas a la revisión contractual por imprevisión, el Tribunal volverá nuevamente sobre los puntos fundamentales que sirvieron de base para las conclusiones arriba mencionadas.

En primer lugar, es importante reiterar que el contrato objeto de estudio se celebró en el marco del régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas (APP) de iniciativa privada y sin desembolso de recursos públicos, contemplado en la Ley 1508 de 2012. Como ya se ha destacado, este régimen establece que el originador del proyecto debe estructurarlo por su propia cuenta y riesgo, asumiendo la totalidad de los costos, y debe incluir dentro de sus

estudios básicos, entre otros, el modelo financiero y el análisis de riesgos. Una vez agotadas las etapas de prefactibilidad y factibilidad, la entidad estatal debe evaluar y aceptar o rechazar la iniciativa, con fundamento en una estimación básica sobre su viabilidad.

Lo dispuesto en la Ley 1508 de 2012 para las Asociaciones Público Privadas de iniciativa privada tiene una primera consecuencia: el originador que desee contar con el apoyo de la entidad estatal tiene la carga de realizar de manera exhaustiva las evaluaciones, estimaciones y predicciones que permitan la construcción de un modelo financiero preciso. Lo mismo sucede con los riesgos asociados a la ejecución del contrato: es el originador, y no la entidad estatal, quien debe identificar los riesgos asociados al contrato, su probabilidad de ocurrencia y el impacto que tendrían si se materializan, todo ello con el fin de realizar lo que corresponda para efectos de su adecuada mitigación.

En el caso concreto, se observa que el Concesionario adelantó ante las autoridades correspondientes los trámites dirigidos a obtener la adjudicación de la concesión en los términos propuestos a la ANI, para lo cual allegó información relacionada con el modelo financiero del contrato y los riesgos asociados a este que podían acaecer durante su ejecución. Para efectos de la decisión que se debe adoptar para definir las pretensiones a que se ha hecho referencia, el análisis de estos documentos por parte del Tribunal permitirá determinar si las partes —en especial, el Concesionario— podían haber previsto la ocurrencia de los hechos invocados como fundamento para pretender la aplicación de la teoría de la imprevisión.

Como premisa inicial, es necesario destacar nuevamente la importancia que tenía el flujo vehicular para el equilibrio del Contrato. Se observa que la cláusula 3.1 de la Parte General del Contrato establece dos fuentes para el pago de la retribución del Concesionario: (i) el recaudo de peajes y (ii) los ingresos por explotación comercial. Al analizar la estructura de los ingresos proyectados por el Concesionario, en el dictamen pericial financiero elaborado por Valora Consultoría S.A.S.³⁰⁹ se observa que la proyección de los ingresos se fundamenta en el recaudo de peajes; y luego, en el documento de aclaraciones y complementaciones³¹⁰, el mencionado perito reafirmó que el recaudo por peajes es la única fuente de ingresos para el cálculo de la rentabilidad del proyecto:

“El Perito indicó en la respuesta que «puede concluirse entonces que los ingresos del Concesionario provienen del recaudo de peajes». Esta afirmación hace referencia a los ingresos consideradores dentro modelo financiero (sic) y que además son la única fuente de ingresos consideradas para el cálculo de la rentabilidad.”

Por esta razón, la estimación del tránsito de vehículos que se hiciera al estructurar el proyecto tenía un impacto fundamental en la ecuación económica del contrato. En

³⁰⁹ Folios 253 a 384 del Cuaderno de Pruebas número 6.

³¹⁰ Folio 403 del Cuaderno de Pruebas número 6.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

consecuencia, el originador debía adelantar un cuidadoso ejercicio de análisis y predicción sobre el particular.

Para estos efectos, el Concesionario presentó el modelo financiero del proyecto con una proyección de ingresos por concepto de recaudo de peajes hasta el año 2045³¹¹. Esta proyección tuvo como base la estimación preliminar del tráfico con nivel de certeza del 95% presentada por Link-C Consultores S.A.S., elaborada en septiembre de 2014³¹². En la descripción metodológica del estudio se señala que los consultores partieron de la información del tráfico entre los años 2000 y 2013 y del PIB nacional como variables dependiente e independiente, respectivamente, para realizar una estimación desde un enfoque predictivo³¹³.

Este ejercicio permitió estimar el flujo de vehículos esperado durante la ejecución del Contrato con un intervalo de confianza del 95%, que sirvió también para la elaboración de la matriz de riesgos del Contrato. En esta, se incluyen dos riesgos relacionados directamente con la variación del flujo vehicular, los cuales se exponen a continuación:

ÁREA	TIPO DE RIESGO	Cláusula	
COMERCIAL	Menores ingresos por disminución del recaudo de peajes	Capítulo III: Aspectos Económicos del Contrato Cláusula 3.4 Peajes, Derecho de Recaudo e Ingresos por Explotación Comercial Cláusula 3.5 Obtención del VPIPI y Compensación por riesgos Cláusula 3.15 Cuentas y Subcuentas del Patrimonio Autónomo, literal (h), numeral ii Capítulo XIII: Ecuación Contractual y Asignación de riesgos: Cláusula 13.2. Riesgos asignados al Concesionario, numeral xviii y xix.	Durante la etapa de factibilidad del proyecto se realiza el estudio de demanda de tráfico basado en conteos, encuestas de preferencia, la existencia de peajes, la topología actual y prevista de toda la red vial regional que incluye además de las vías propias de la APP Malla Vial del Meta las otras vías que se conectan con ellas, entre otras variables, con el cual se estima el flujo vehicular del proyecto. El estudio es de un grado alto de detalle y los pronósticos con suficiente confiabilidad. El impacto internaliza en el modelo de remuneración del concesionario bajo un esquema de valor presente por ingreso e peajes. El proyecto contempla 1 estación nueva y 5 existentes, de igual forma es de indicar que de presentarse un escenario de tráfico menor éste representaría alrededor de un 5% de los ingresos. La probabilidad del riesgo se considera baja (B) y el impacto se ubica en la zona baja (B).
LIQUIDEZ	Liquidez en recaudo de peajes	Capítulo XIII: Ecuación Contractual y Asignación de riesgos: Cláusula 13.2. Riesgos asignados al Concesionario, literal (a), numeral xviii y xix.	Durante la etapa de factibilidad del proyecto se realiza el estudio de demanda de tráfico basado en conteos, encuestas de preferencia, la existencia de peajes, la topología actual y prevista de toda la red vial regional que incluye además de las vías propias de la APP Malla Vial del Meta las otras vías que se conectan con ellas, entre otras variables, con el cual se estima el flujo vehicular del proyecto. El estudio es de un grado alto de detalle y los pronósticos con suficiente confiabilidad. El impacto internaliza en el modelo de remuneración del concesionario bajo un esquema de valor presente neto de peajes. El proyecto contempla 1 estación nueva y 5 existentes, y en caso de presentarse un escenario de tráfico menor, éste representaría el 6% de los ingresos y por tanto el impacto se ubica en la zona medio baja (MB) y la probabilidad del riesgo se considera baja (B).

Fuente: matriz de riesgos del proyecto³¹⁴

Teniendo en cuenta el extracto antes transcrito de la matriz de riesgos del proyecto, se observa que el Concesionario previó la existencia de contingencias relacionadas con un flujo de vehículos inferior al que fue proyectado e incluido en el modelo financiero, y el consiguiente cambio en el recaudo de peajes esperado. Se destaca que la probabilidad de

³¹¹ Folio 7 del Cuaderno de Pruebas número 1

³¹² *Ibid.*

³¹³ *Ibid.*

³¹⁴ *Ibid.*

ambos riesgos fue catalogada por el Concesionario como “baja” y el impacto sobre el proyecto se ubicó en las zonas “baja” y “medio baja”.

Con posterioridad, como se expuso previamente, a partir del modelo financiero y de la matriz de riesgos, al celebrarse el Contrato se asignó al Concesionario el riesgo asociado a los efectos positivos o negativos derivados de la variación del tráfico. No obstante, como ya se explicó, la matriz de riesgos establecía que dicho riesgo presentaba una probabilidad baja de ocurrencia.

Hasta este punto, el análisis de los documentos de las etapas de prefactibilidad y factibilidad permite observar la manera como las partes previeron que el tráfico de vehículos, por estar determinado por aspectos exógenos al Contrato y a las partes, podía representar un riesgo para la adecuada ejecución del Contrato. Esta información resulta útil para determinar el carácter imprevisible de los hechos que ocurrieron tras la celebración del Contrato.

Sin embargo, como el Tribunal ya lo destacó en detalle previamente, con base en el dictamen pericial de Valora Consultoría S.A.S.³¹⁵ se puede concluir que la información con la que se realizó la proyección de tránsito vehicular —que, como se mencionó, es la base del modelo financiero, de la matriz de riesgos y de la asignación de tales contingencias en el contrato—, presenta inconsistencias.

En efecto, el modelo financiero del proyecto fue construido a partir de un escenario de tránsito de vehículos denominado “base”, pese a que en el documento se incorpora también el análisis de los escenarios “medio”, “conservador” y “BIB”. No obstante, en el expediente reposa también un estudio realizado por Consultoría Colombiana S.A. (Concol) con el Grupo Odinsa S.A.³¹⁶ en enero de 2014, que contiene otros tres escenarios de análisis de flujo vehicular (“alto”, “medio” y “bajo”). Al comparar los dos estudios, se observa que algunos de los escenarios coinciden, pero son denominados con nombres distintos, lo cual introduce una distorsión en la percepción del flujo de vehículos. Así, por ejemplo, el escenario base del modelo financiero coincide con el escenario alto del estudio de Consultoría Colombiana S.A. En el siguiente cuadro, incluido en la página 97 del dictamen pericial de Valora Consultoría S.A., se observa la circunstancia a que se hace referencia:

Tabla 51. Relación Escenarios Modelo Financiero Vs Escenarios Estudio de Tráfico Concol

Escenario Modelo Financiero	Escenario Estudio Concol
BASE	ALTO
MEDIO	BASE
CONSERVADOR	BAJO
BIB	No se identifica

Fuente: dictamen pericial de Valora Consultoría S.A.S.

³¹⁵ Folios 253 a 384 del Cuaderno de Pruebas número 6.

³¹⁶ Anexo del Dictamen del perito Valora Consultoría S.A.S., contenido en el CD adjunto a dicho dictamen, que obra en el folio 384 del Cuaderno de Pruebas número 6.

Con fundamento en lo anteriormente señalado, advierte el Tribunal que, al construir el modelo financiero para el proyecto, el Concesionario escogió como escenario base uno que, en el otro estudio realizado, fue catalogado como un escenario en el que había una alta previsión de tráfico vehicular. Incluso, según el dictamen pericial en comento, algunos de los escenarios incluidos en el modelo financiero fueron superiores al escenario “alto” del estudio de Consultoría Colombiana S.A.

En el dictamen pericial de Valora Consultoría S.A. se señaló que, respecto de los corredores viales Villavicencio-Granada y Villavicencio-Puerto Gaitán, el modelo financiero incluyó los escenarios optimistas del estudio de Consultoría Colombiana S.A. (Concol), conforme a lo señalado en el numeral 4 de este laudo. Se evidencia entonces que el Originador partió del escenario de tráfico alto para cada uno de los peajes de los corredores viales antes mencionados y para cada una de las categorías de vehículos.

Ante esta situación, y teniendo en cuenta la importancia del flujo vehicular para el recaudo de peajes, el Tribunal destaca la relevancia de que en un proyecto de esta naturaleza se escoja un escenario prudente que razonablemente permita el cierre financiero del proyecto. De lo contrario, si se opta por estructurar el modelo financiero del contrato con base en altas estimaciones de tránsito, el acaecimiento del riesgo consistente en un flujo de vehículos inferior tendría una mayor probabilidad de afectar la estabilidad financiera del proyecto.

Ahora bien, la escogencia del escenario “base” (“alto” en la categorización realizada por Concol) no fue el único problema detectado por Valora Consultoría S.A. frente a la proyección de tráfico que se utilizó como fundamento del modelo financiero. El perito detectó también que para el año 2014 se realizaron ajustes en el modelo financiero con el fin de incluir la reducción del flujo de vehículos que pasarían por el peaje La Libertad. Esto, en cambio, no se hizo con los peajes Casetabla y Yucao, situación que podría afectar la precisión de las estimaciones utilizadas para el modelo financiero. Sobre los efectos que podrían haberse derivado de esta omisión se profundizará más adelante. A continuación, lo manifestado por el perito:

“El tráfico del peaje la Libertad fue ajustado para el 2014 en el modelo financiero, para tener en cuenta la reducción del tráfico por la rebaja de vehículos por la reducción de producción de petróleo. Se debe tener en cuenta que para los peajes Casetabla y Yucao no se realizó este mismo ajuste, por lo cual la afectación es mayor para las categorías VI y VII.”³¹⁷

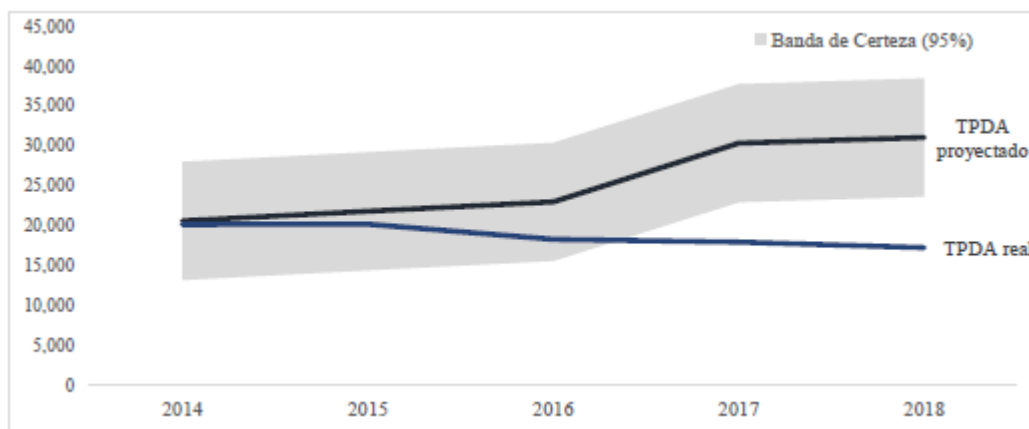
Siendo estos los elementos con base en los cuales se estructuró el proyecto, el Tribunal concluye preliminarmente que, para determinar si los eventos que acaecieron luego de la celebración del contrato fueron imprevisibles, el análisis sobre lo que conocían las partes no se puede limitar a los datos que el Concesionario eligió para construir el modelo financiero, sino que se debe considerar también la información que este conoció o pudo conocer al momento de realizar los estudios a pesar de que, por distintas razones, tal información no haya sido utilizada para la elaboración del escenario base definitivo del proyecto.

³¹⁷ Página 122 del Dictamen del perito Valora Consultoría S.A.S. Cuaderno de Pruebas número 6, folio 376.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

Procede el Tribunal a traer a colación el análisis ya realizado respecto de la previsibilidad del cambio en el flujo de vehículos por la infraestructura vial objeto de la concesión. Según ya se señaló en el numeral 4. anterior, los métodos cuantitativos utilizados por las partes para argumentar si la variación observada en el flujo de vehículos fue estructural permiten advertir que la proyección inicial de tránsito realizada por Link-C Consultores S.A.S. contaba con un intervalo de confianza del 95%. Esto significa, como también ya se mencionó, que el modelo arrojó una banda con valores máximos y mínimos dentro de los cuales estarían ubicados los datos reales con una probabilidad del 95%. En consecuencia, si los datos de tráfico real se encuentran dentro de este intervalo, se puede afirmar que estos están dentro de lo esperable de acuerdo con las estimaciones; pero si los datos de tráfico real se encuentran por fuera del intervalo, se concluye que la variación del tráfico tiene un carácter estructural.

De conformidad con los cálculos realizados por Valora Consultoría S.A.S., el tránsito promedio diario anual (TPDA) real entre 2014 y 2018 se encontraría por fuera del intervalo de confianza estimado originalmente en los estudios de proyección del proyecto, como se observa en la siguiente imagen:

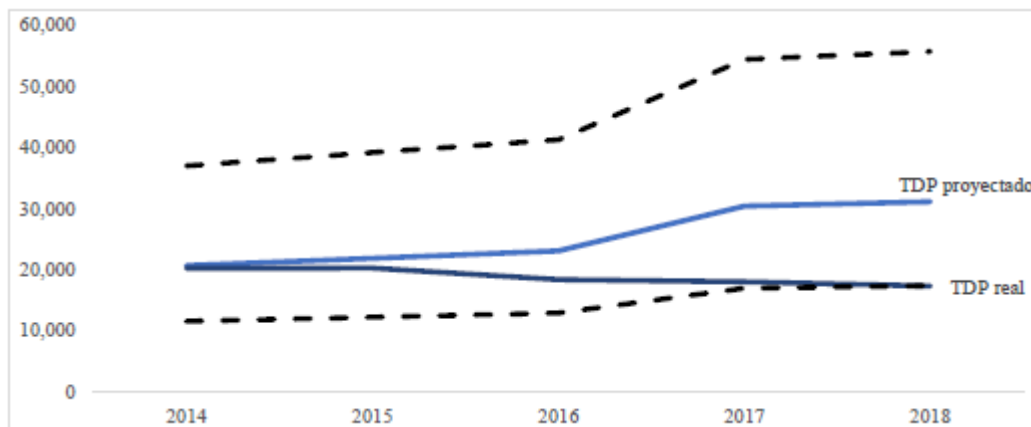


Fuente: dictamen pericial de Valora Consultoría S.A.S., pág. 25.

Sin embargo, es pertinente reiterar que este resultado se obtiene si el modelo planteado supone que los datos siguen una distribución normal. Si, por el contrario, el modelo supone una distribución normal logarítmica (lognormal), como lo sugiere y recomienda el dictamen pericial en comento dado que es la metodología que no contempla resultados negativos, el resultado que se produce es el opuesto.

Así las cosas, los resultados obtenidos si el modelo asume que los datos siguen una distribución normal logarítmica, sugerirían que el tráfico de vehículos observado estaría dentro del intervalo de confianza del 95% del modelo. Por esta razón, el Tribunal reafirma que las variaciones en el tráfico de vehículos no tendrían un carácter estructural.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI



Fuente: dictamen pericial de Valora Consultoría S.A.S., pág. 26.

Es importante anotar que Valora Consultoría S.A.S., en el documento de aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial, presentó también la comparación entre el flujo de vehículos proyectado y el real en los escenarios distintos al caso base cuando los datos del tráfico siguen una distribución normal o una normal logarítmica. Al hacerlo, encontró resultados similares: cuando los datos siguen una distribución normal logarítmica, no se puede concluir que la variación del tráfico de vehículos tenga un carácter estructural —es decir, se ubican dentro del intervalo de confianza del 95% del modelo³¹⁸—. Estos resultados adicionales dan firmeza el primer resultado presentado.

Por último, el resultado observado es aún más marcado si se incorporan al modelo las modificaciones relacionadas con el ajuste para los peajes Casetabla y Yucao, siguiendo lo realizado para el peaje La Libertad. En el documento de aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial, Valora Consultoría S.A.S. realizó las estimaciones del tráfico real y el proyectado, comparando los escenarios de distribución normal y distribución normal logarítmica, y concluyó que en el segundo escenario los resultados se ubican siempre dentro del intervalo de confianza del 95% del modelo³¹⁹. Esto refuerza la idea de que la variación del tráfico no tendría un carácter estructural.

En conclusión, las estimaciones cuantitativas realizadas por Valora Consultoría S.A.S. demuestran que el flujo de vehículos se ubica dentro del intervalo de confianza del 95% del modelo en la medida en que este asuma que los datos siguen una distribución normal logarítmica. Además, el resultado es consistente en las demás estimaciones realizadas, lo que reafirma la conclusión según la cual las variaciones en el flujo vehicular, desde una perspectiva cuantitativa, no fueron estructurales.³²⁰

³¹⁸ Aclaraciones y Complementaciones del Dictamen del perito Valora Consultoría S.A.S., pág. 44. Cuaderno de Pruebas No. 6, Folio 435.

³¹⁹ Aclaraciones y Complementaciones del Dictamen del perito Valora Consultoría S.A.S., pág. 46. Cuaderno de Pruebas No. 6, Folio 437.

³²⁰ En este punto, es importante destacar que el perito Julio Villarreal Navarro consideró en su experticia, de manera general, que la caída del tráfico como consecuencia de una menor producción del sector petrolero, se encuentra fuera del rango estadísticamente previsible. Sin embargo, el dictamen pericial de EConcept AEI

En este mismo sentido, es importante destacar que el intervalo de confianza del 95%, de conformidad con las declaraciones de los expertos, define el margen de los previsible en la estructuración financiera del proyecto, de manera que las circunstancias imprevisibles serían aquellas que se ubicaran en el 5% restante. Esto se evidencia en la experticia del perito Julio Villarreal, quien señaló que es previsible la serie de datos del tráfico real que se encuentra dentro del intervalo proyectos del 95% y que, en consecuencia, aquellos eventos cuya probabilidad de ocurrencia sea inferior al 5% serán imprevisibles³²¹.

Este criterio de previsibilidad fue igualmente ratificado en el dictamen de EConcept, en que, adicionalmente, se formularon algunos reparos al modelo de tráfico elaborado por Link-C, que fueron estudiados en acápite precedentes de este laudo y que se sintetizan así: (i) el modelo fue calibrado en 2014, año en el que se presentó una disminución pronunciada de los precios de petróleo, lo que supone que el modelo tendrá un sesgo futuro hacia la baja; (ii) el modelo toma los datos históricos que no prevén los cambios sustanciales que puedan presentarse hacia futuro; (iii) no toma en cuenta los ciclos del petróleo; (iv) centra su atención en los vehículos de carga, pero la experiencia ha demostrado que las carreteras que se financian con los peajes de este tipo de vehículos, en realidad terminan siendo financiadas por carros particulares; y (v) omite variables de manera grave, debido a que estima el tráfico únicamente en función del PIB y de la población total, sin considerar otras variables como el precio de la gasolina, el precio de los vehículos, etc.

Ahora bien, para efectos de reiterar el análisis realizado respecto de las circunstancias que desde el punto de vista cualitativo pudieron influir en las variaciones en el tráfico de vehículos en la infraestructura vial objeto de la concesión, resulta útil acudir a los dictámenes periciales que analizaron las dinámicas de la industria petrolera durante el periodo de tiempo bajo análisis y su impacto sobre el flujo de vehículos en las vías concesionadas.

En primer término, el dictamen pericial presentado por Alberto Carrasquilla Barrera³²² indica que únicamente a partir de la expedición del Marco Fiscal de Mediano Plazo de 2016 se pudo evidenciar que los cambios macroeconómicos por la caída del sector petrolero eran estructurales y no coyunturales. Por el contrario, considera el experto Carrasquilla que este ajuste macroeconómico, para el año 2012, no era previsible; para el año 2014, aunque se veían los primeros indicios, parecía una circunstancia coyuntural que no afectaba los supuestos del modelo financiero del proyecto; y para 2015, no podía establecerse que lo afectaría de manera estructural. A continuación, se transcriben las conclusiones más importantes de su dictamen pericial:

“48. Entre el segundo semestre del 2014 y el año 2016, la realidad en materia macroeconómica cambió de manera importante en Colombia, con efectos

S.A.S. señaló que el perito Villarreal parte de la comparación de los pronósticos realizados para 2013 y el contrato se celebró en 2015, por lo que reitera el Tribunal su conclusión en el sentido de que el concesionario debió realizar un nuevo análisis de la situación en 2015 y, por ello, se aparta de la conclusión del perito Villarreal, desvirtuada también con el dictamen pericial de Valora Consultoría S.A.S.

³²¹ Páginas 22 a 24 del Dictamen del perito Julio Villarreal Navarro, citadas en el numeral 4 de este Laudo.

³²² Folios 389 a 413 del Cuaderno de Pruebas número 4.

notables a nivel de la rentabilidad de ellos negocios. Con base en las cifras proyectadas por el Gobierno nacional, hemos estimado que, en una ventana de 10 años, el ajuste equivale a una cifra que oscila entre el 28,7% y el 52,1% del PIB de 2016.

“49. Este ajuste a nivel macroeconómico era imprevisible en 2012, cuando se presenta la APP para consideración del Estado, e incluso lo seguía siendo en el 214 cuando se presentan los escenarios estimativos financieros que sustentan su factibilidad y firma del contrato.

“50. En el 2014, las condiciones del mercado no preveían cambios en las perspectivas de largo plazo, y los supuestos de proyección fundamentales de modelo seguían siendo válidos y guardaban consistencia con las estimaciones a futuro del gobierno nacional y expertos económicos.

“51. En mayo de 2015, cuando se firmó el contrato de concesión, no era posible estimar un cambio en las proyecciones de crecimiento nacional y departamental que afectaran de manera estructural el proyecto.

“52. Los cambios relevantes ocurren en el MFMP del 2016, fue a partir de entonces cuando se evidencia (sic) que cambios en el mercado internacional y por tanto en la economía nacional eran estructurales y no obedecían solo a un acomodamiento coyuntural.

“53. Sin lugar a dudas, los cambios en las condiciones macroeconómicas alteraron de forma extraordinaria y anormal no solo el modelo financiero del proyecto sino las proyecciones de Ecopetrol y el Gobierno nacional, conduciendo a una Reforma Estructural por parte del Gobierno, a un ajuste en el Plan de Inversiones de Ecopetrol, lo cual implica significativamente los ingresos del Proyecto.

“54. Hoy en día, hay un consenso fuerte en el sentido de que no cabe esperar que el precio del crudo suba de manera importante en los años venideros, de manera que los efectos adversos que esto tiene sobre los ingresos del proyecto se mantendrán en el largo plazo. (...)”³²³

Una posición opuesta se puede leer en el dictamen pericial presentado por EConcept AEI S.A.S.³²⁴ En esta experticia se manifiesta que para la época en que se celebró el Contrato ya era evidente el cambio en las circunstancias económicas del país. Para estos efectos hace referencia a los datos relacionados con el precio del petróleo en el mercado internacional, a las proyecciones que sobre este activo se presentaban, así como a la evolución de la producción petrolera en la zona de influencia del contrato, para concluir que dichas informaciones permitían prever que la situación en el año 2015 era distinta a la que

³²³ Páginas 15 y 16 de dictamen pericial de Alberto Carrasquilla.

³²⁴ Folios 2 a 115 del Cuaderno de Pruebas número 6.

se presentaba en 2012 por razones que no eran coyunturales. Se expresa lo siguiente en el referido dictamen:

“En nuestra opinión, no es entendible, como lo indica el perito en los párrafos 26 y 27 y 28 de su documento, que el concesionario tuviese que esperar a la publicación del MFMP en junio de 2016 para darse cuenta de una visible tendencia de descenso; de que la misma era parte de un comportamiento recurrente de esa variable (el precio BRENT del petróleo) y formaba parte de una fase de un ciclo; y que la disminución del precio BRENT en el segundo semestre de 2014 hacia esperable la prevalencia de los precios bajos por un periodo, hasta que se iniciara un nuevo ascenso.”³²⁵

Adicionalmente, EConcept AEI S.A.S. sostiene que el Marco Fiscal de Mediano Plazo de 2016, que mencionó el experto Alberto Carrasquilla en su experticia como prueba fundamental para soportar sus conclusiones, es un indicador rezagado, pues relata o se fundamenta en eventos pasados. En consecuencia, no puede ser utilizado como punto de referencia actualizado sobre las circunstancias económicas actuales de los mercados. Al respecto, el perito manifestó lo siguiente:

“Si bien el MFMP es un documento comprensivo sobre la evolución de la economía, difícilmente es el referente para entender lo que está pasando en la economía mundial y colombiana, y consideramos que rara vez es usado por los modeladores de contratos de concesión para definir qué deben esperar en el futuro.”³²⁶

Con base en el contenido de los dictámenes periciales practicados sobre esta materia, a los que se ha hecho referencia, el Tribunal considera que las circunstancias que se presentaban en el año 2012 respecto de la industria petrolera colombiana eran excepcionales y, dada esa calificación, tendrían que haber sido valoradas como tales por las partes del Contrato. Como se observa en el dictamen pericial presentado por EConcept AEI S.A.S., el precio del petróleo se encontraba en uno de sus puntos más altos en ese momento, pues este activo estaba experimentando un ciclo de precios altos desde 2003. Sin embargo, como se desprende de este estudio, la constante variación en el valor de estas materias primas, sumada a la presencia de ciclos altos y bajos en determinados períodos de tiempo, debió haber orientado a las partes del contrato, y en particular al originador y al concesionario, a considerar que las condiciones de precios del petróleo de 2012 difícilmente se mantendrían en el largo plazo.

Incluso, si se tiene en cuenta que los cambios mencionados comenzaron a presentarse antes de la fecha de celebración del Contrato y que la volatilidad y los ciclos de precios son componentes característicos de los mercados del petróleo, podría discutirse si la caída de los precios en el año 2014 puede considerarse como un hecho sobreviniente respecto de las estimaciones que se realizaron para la celebración del negocio jurídico bajo estudio. Lo anterior, debido a que las fluctuaciones del precio comenzaron antes de que el originador

³²⁵ Página 7 del Dictamen pericial de EConcept AEI S.A.S. Cuaderno de Pruebas número 6, folio 13.

³²⁶ Página 5 del Dictamen pericial de EConcept AEI S.A.S. Cuaderno de Pruebas número 6, Folio 11.

aceptara las condiciones que le ofreció la ANI en 2015 y de que las partes firmaran el contrato; en consecuencia, la decisión de contratar y la celebración del Contrato ocurrió cuando los hechos que ahora se alegan como imprevisibles ya estaban comenzando a suceder.

Adicionalmente, el Tribunal destaca que el plazo de la fase operativa del Contrato, de conformidad con la cláusula 3.9 de la Parte Especial, es de 8640 días, es decir, 24 años. Esto significa que la planeación de la retribución esperada por el Concesionario tenía que ser suficientemente cuidadosa para anticipar las eventualidades que podrían suceder durante este extenso periodo de tiempo; y para esto era fundamental estudiar detalladamente los determinantes del flujo de los vehículos que transitarían por la infraestructura vial materia de la concesión.

Así las cosas, el Tribunal estima que debieron haberse previsto las fluctuaciones del precio del petróleo al momento de realizar las estimaciones del tránsito de vehículos durante la fase operativa del contrato. Sin embargo, lo que se observa en el modelo financiero y en la matriz de riesgos es distinto. Como ya se mencionó, el hecho de construir un escenario base a partir de una proyección optimista del flujo de vehículos, o caracterizar como “*baja*” la probabilidad de ocurrencia del riesgo asociado con el menor tránsito de vehículos, o como “*bajo*” o “*medio bajo*” el impacto que tendría la ocurrencia del mencionado riesgo sobre el proyecto, denotan que no se tuvieron en cuenta circunstancias que no resultan extraordinarias o imprevisibles, lo que condujo a una subestimación de estas contingencias.

Es claro que el Concesionario no realizó una previsión completa y adecuada sobre los distintos aspectos que incidían en el flujo de vehículos por la infraestructura vial objeto del contrato. El Tribunal observa que la elección de un escenario base para el modelo financiero cuya proyección de tránsito era la más optimista posible permite deducir que el contratista tenía una mayor carga en el sentido de adoptar las medidas necesarias para mitigar los riesgos que de dicho escenario se derivan, que serán superiores a los que podrían presentarse si hubiera adoptado una proyección más prudente o conservadora. En este sentido, el contratista puede libremente seleccionar el modelo que considera más conveniente según la información recaudada y los estudios con los que cuenta, pero deberá adoptar medidas para mitigar los riesgos que se deriven de su elección.

Debe señalarse, igualmente, que, si se reconociera que lo sucedido en este caso es un hecho o una circunstancia imprevisible, se daría carácter extraordinario a una circunstancia que pudo haber sido prevista por el Concesionario —aunque no cuantificable en términos precisos, se insiste—. Esta situación desnaturalizaría la esencia de la teoría de la imprevisión y crearía incentivos negativos con respecto a la planeación de futuras Asociaciones Público Privadas de iniciativa privada, dado que los particulares tendrían menor motivación para determinar y asignar rigurosamente los riesgos y para construir modelos financieros prudentes.

Así las cosas, el tercer elemento que se requiere para la aplicación de la teoría de la imprevisión no se presenta en el caso bajo estudio.

Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal no puede acceder a las pretensiones relacionadas con la aplicación de la teoría de la imprevisión en el caso objeto de estudio, toda vez que, se repite, los hechos que alteraron el flujo de vehículos que utilizan la infraestructura vial objeto de la concesión no pueden ser considerados imprevisibles. Por lo tanto, no hay lugar a analizar la presencia de los demás requisitos, particularmente el relativo a la afectación a la economía del contrato, pues sin hecho imprevisible resulta imposible aplicar los remedios contractuales derivados de la teoría de la imprevisión.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones el Tribunal no dará prosperidad a las pretensiones septuagésima primera, septuagésima segunda, septuagésima tercera, septuagésima cuarta, septuagésima quinta, septuagésima sexta, septuagésima séptima, septuagésima octava, septuagésima novena, octogésima, octogésima primera, así como a la pretensión primera principal de condena, y así se declarará en la parte resolutive del laudo.

Por su parte, se declarará la prosperidad de la pretensión decimosexta de la Demanda de Reconvención Reformada, comoquiera que no hay lugar a la revisión del contrato por no configurarse los requisitos de la teoría de la imprevisión, así como tampoco procede su terminación en el mismo contexto.

No prosperan las pretensiones primera subsidiaria, segunda subsidiaria y tercera subsidiaria de la Demanda Principal Reformada, ni las pretensiones primera subsidiaria, segunda subsidiaria, tercera subsidiaria, cuarta subsidiaria, y quinta subsidiaria y sus consecuentes de la demanda de reconvención, en la medida en que el Tribunal accederá a la pretensión decimosexta de la demanda de reconvención y declarará que no hay lugar a la revisión ni a la terminación del contrato porque no se presentan los requisitos para la aplicación de la teoría de imprevisión en la medida en que el riesgo que se concretó era previsible.

Prosperan las excepciones de mérito propuestas por la ANI en la contestación de la reforma de la demanda principal, comprendidas dentro de la denominada “2. Fase contractual – Improcedencia de la revisión del contrato”, en concreto, la excepción “2.1.3. De la situación relacionada con la afectación del tráfico por cuenta de la caída de los precios del petróleo (no estructuración de la teoría de la imprevisión”, puesto que las circunstancias alegadas por el concesionario resultaban razonablemente previsibles.

10 Imposibilidad de cumplimiento, alternativas frente al caso concreto

Luego de haber analizado en los acápites anteriores las pretensiones principales de las demandas principal reformada y de reconvención, corresponde que el Tribunal se pronuncie, a manera de conclusión, sobre la situación en la que habrán de quedar las partes por virtud de la decisión que se adopta mediante el presente Laudo Arbitral.

10.1 Pretensiones relacionadas con el tema

Se reseñan a continuación las principales pretensiones relacionadas con el objeto de estudio de este acápite.

Demanda Principal Reformada:

“PRETENSIÓN CUADRAGÉSIMA PRIMERA.- Que se declare que la sociedad CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. en tanto contratista estatal, no está obligado en las condiciones actuales del Proyecto, ni por la Ley ni por el Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, a ejecutar el Contrato de Concesión a pérdida y contra su propio patrimonio.”

Demanda de Reconvención Reformada:

“3.1. PRIMERA DE CONDENA. Condénese a la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S al cumplimiento de la obligación de Obtención de Cierre Financiero en los términos de la cláusula 3.9 de la Parte general del Contrato de Concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015LK, en el evento en que no se ejecute su Objeto antes del veintidós (22) de diciembre del año en curso, atendiendo Lo pactado en el Otrosí número 6 de 2016.

“3.2. SEGUNDA DE CONDENA. En consecuencia, de la anterior condénese a pagar a la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS al mayor valor del dinero en el tiempo, rendimiento financiero de la inversión en favor de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA por concepto de perjuicios derivados del incumplimiento de la Obligación de Obtención de Cierre financiero correspondientes al costo financiero de la inversión.”

“3.6. SEXTA DE CONDENA. Condénese a la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. a ejecutar a cabalidad todas las demás prestaciones a su cargo en los términos del Contrato de Concesión bajo el esquema de APP 004 de 2015, sus adicionales, contratos modificatorios, otrosíes, actas de entendimiento y demás documentos de naturaleza contractual frente la SOCIEDAD CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.”

10.2 Posición de las partes

10.2.1 Posición del Concesionario

La sociedad concesionaria manifiesta que, como consecuencia de las variaciones macroeconómicas que afectaron el tráfico estimado en la estructuración del proyecto, se hace imposible obtener el Cierre Financiero del proyecto. En ese sentido, se sostiene en el escrito de la Demanda Principal Reformada que el cumplimiento del contrato en las circunstancias actuales supone para el contratista asumir *“una carga excesivamente onerosa con el consecuente detrimento grave e irreparable de su patrimonio, que no está obligado a soportar, ni por mandato legal ni por estipulación contractual”*. Expone que no se encuentra en el deber de dar cumplimiento a obligaciones que no dependen de su actividad ni del proyecto inicialmente estructurado, de manera que, en lo que respecta a la financiación del proyecto, no debe soportar la afectación del patrimonio de los socios. En

efecto, expresa la sociedad convocante que *“la financiación del Proyecto debe procurarse desde sus inicios, es decir, que al momento de su acreditación por exigencia contractual, no existiría respaldo para el Concesionario en créditos o recursos de deuda provenientes de la Banca, sino que se vería obligado a aportar la totalidad de los recursos requeridos para la ejecución del Contrato contra su propio capital, hecho que en la Teoría Financiera, resultaría en la asunción por el Contratista de costos muy superiores y de perjuicios que, una vez causados, no podrá recuperar con la ejecución del Contrato”*.

Explica que, una vez suscrito el Contrato de Concesión, inició las gestiones de financiación ante la banca con el fin de obtener los recursos requeridos para la ejecución del proyecto. Destaca que, con anterioridad a la suscripción del contrato, acreditó su capacidad financiera y el entonces Originador aportó las cartas de compromiso de entidades bancarias que manifestaron su interés en la financiación del proyecto, bajo el supuesto de que el proyecto era autofinanciable debido a la solidez de las variables que se tuvieron en cuenta en su estructuración. Sostiene que, no obstante lo anterior, las condiciones han cambiado y la ANI ha sido renuente en adelantar la revisión del caso base del contrato, por lo que actualmente la Banca ya no está dispuesta a financiar el proyecto. Indica que esta situación fue puesta en conocimiento de la ANI mediante comunicaciones CVLL-2025 de 15 de abril de 2016, CVLL-2400 de 1° de junio de 2016, y CVLL del 30 de agosto de 2016.

Finalmente, manifiesta que se debe revisar el caso base o que deberá darse por terminado el contrato por imposibilidad de ejecución.

En lo que respecta a su oposición a las pretensiones formuladas en la Demanda de Reconvención Reformada, en particular a la primera de condena, señaló que el juez no puede sustituir a las partes del contrato, de manera que *“su labor podrá consistir en los pronunciamientos de cumplimiento o incumplimiento contractual, solicitados por las partes procesales, y derivar de allí las consecuencias previstas en el contrato o en su defecto, en la Ley. Pero no podrá el fallador sustituir a la administración contratante y/o al contratista «ordenándoles» cumplir con sus compromisos a modo de condena. Al así proceder, estaría el juez del Contrato excediendo su competencia y extralimitándose en el uso de los poderes que le confiere la Ley”*.

Propuso, como excepción de mérito, las que denominó *“3.4. La inviabilidad de ejecución del proyecto: la ocurrencia de hechos imprevisibles o la necesidad de revisión del contrato”*, en la que reiteró la necesidad de revisión del Contrato de Concesión No. 004 de 2015 por la ocurrencia de circunstancias imprevisibles que imposibilitan la obtención de financiación para la ejecución del proyecto. En consecuencia, considera que el proyecto únicamente sería financieramente viable con la reducción de su alcance inicial, es decir, mediante la eliminación de las Unidades Funcionales 9, 10 y 11.

10.2.2 Posición de la ANI

En el escrito de contestación de la Demanda Principal Reformada, frente al argumento expuesto por la concesionaria en el sentido de que la caída del tráfico es un factor decisivo para que la banca nacional se niegue a la financiación del proyecto, la ANI propuso la excepción denominada *“b) De la no ocurrencia de fuerza mayor ni de hechos que den lugar*

a *reequilibrio en el caso concreto*”, en la que señaló que la concesionaria tiene a su disposición cualquier mecanismo de financiación que sea apto para obtener el Cierre Financiero, como los préstamos bancarios, las emisiones en el mercado de capitales, los recursos de deuda de fondos de capital privado, y demás fuentes de financiación previstas en la Parte Especial del Contrato. Asimismo, argumenta que no se presenta una verdadera imposibilidad de cumplimiento en el caso objeto de estudio, debido a que cualquier otro deudor puesto en una situación similar estaría en condiciones de cumplir, por lo que considera que se trata de una imposibilidad subjetiva para ejecutar la obligación.

En la excepción de mérito denominada “2.5. *El contratista incumplió el deber de planeación*”, la ANI expresó que los inconvenientes que alega la concesionaria para obtener el Cierre Financiero, tuvieron lugar cuando se aplicó el incremento de las tarifas en los peajes de Yucao y Casetabla, pero señala que esa circunstancia es consecuencia de una deficiente gestión social durante la estructuración del proyecto. Frente a la afectación del tráfico como consecuencia de la caída de los precios del petróleo, sostuvo que “*la debida planeación del proyecto debió contar con estudios serios sobre el comportamiento de los precios del petróleo en un margen de tiempo considerable, pues con ello se hubiese podido identificar la dinámica cíclica del precio y con base en ello, la incidencia en el tráfico del proyecto*”.

En esta misma línea de argumentación, reclama en la Demanda de Reconvención Reformada que se condene al concesionario a cumplir con la obligación de obtener el Cierre Financiero en los términos de la cláusula 3.9 de la Parte General del Contrato de Concesión. De manera general, alega en los hechos que sirven de fundamento a sus pretensiones, que la sociedad Concesión Vial de los Llanos incumplió sus obligaciones de planeación y de socialización de las tarifas. Sobre este último punto, manifiesta que finalmente se adelantó con éxito la socialización y que, en consecuencia, no hay lugar a la modificación del alcance del proyecto.

10.2.3 Posición de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, señaló, en síntesis, que las situaciones alegadas por el concesionario para sustentar la imposibilidad de obtener el Cierre Financiero corresponden a riesgos previsibles que fueron asumidos por el contratista. Sobre el particular, en los alegatos de conclusión señaló que, en los esquemas de APP de iniciativa privada, “*no cabe duda que el riesgo financiero le corresponde a quien presentó la propuesta aún más cuando ha sido este quien ha tenido la posibilidad de estructurarla a todo nivel y ha podido prever circunstancias que afectarían la obtención del cierre financiero del proyecto y prever también los mecanismos de mitigación en caso de la materialización de dicho riesgo*”.

En ese sentido, la disminución de los precios del petróleo y la consecuencia disminución del tráfico, así como las dificultades relacionadas con el cobro de tarifas de peaje, no corresponden a “*eventos objetivos atinentes al desarrollo normal del contrato, sino de una manifestación del demandante que le impidió cumplir la obligación del cierre financiero al no haber obtenido los recursos de deuda inicialmente propuestos*”. Con fundamento en esta consideración, concluye que “*no puede hablarse de una verdadera imposibilidad como*

pretende hacerlo ver el concesionario, debido a que como se verá no puede calificarse de objetiva ni extrínseca al deudor”.

10.2.4 Posición del Ministerio Público

El Ministerio Público, en términos generales, manifestó que *“no se advierte, en ese caso, que el contratista se encuentre ante una imposibilidad absoluta de cumplimiento, pues el contrato, además del financiamiento bancario, establece otras opciones diferentes a favor del concesionario para el cumplimiento de su obligación, sin dejar de lado, además, que el riesgo de financiación del proyecto es de su cargo”.*

Lo anterior, principalmente, con fundamento en la ausencia de configuración de la teoría de la imprevisión, toda vez que la disminución del tráfico era previsible de conformidad con los estudios de tráfico que sirvieron de base a la estructuración, en los que se expusieron múltiples escenarios de los que el concesionario escogió únicamente uno. Adicionalmente, destaca que el contratista era el encargado de dar cumplimiento al principio de planeación y se trataba de un riesgo previsible que le fue asignado contractualmente.

Concluye señalando en sus alegatos de conclusión que los análisis y las conclusiones pueden ser, en todo caso, apresurados, debido a que *“el precio del petróleo durante el último año ha presentado importantes niveles de recuperación, situando en el último mes por encima de los USD\$70 por barril”.*

10.3 Consideraciones del Tribunal

10.3.1 La imposibilidad de cumplimiento y la excesiva onerosidad

La finalidad propia de toda relación jurídica obligatoria, que de ordinario tiene como fuente un contrato, es el cumplimiento de la prestación debida por el deudor y la correlativa satisfacción del interés del acreedor. En consecuencia, ante la inejecución total o parcial, el retraso en el cumplimiento o el cumplimiento defectuoso, el acreedor tiene a su disposición, entre otras alternativas, la de demandar en sede judicial el cumplimiento de la prestación. El objetivo en estos supuestos es que se ordene al deudor que cumpla la prestación en los términos en que la obligación fue convenida (cumplimiento en especie o in natura), o que sea condenado al pago del equivalente pecuniario de lo debido en caso de imposibilidad imputable al deudor o cuando ya no sea del interés del acreedor que la prestación se cumpla en los términos originalmente concebidos, lo anterior, claro está, sin perjuicio de la reparación de los daños que ese comportamiento haya generado al acreedor y que estén debidamente acreditados.

Para efectos de determinar la manera en la que el Juez puede ordenar el cumplimiento, el Código Civil consagra distintas reglas que dependen de la naturaleza de la prestación incumplida (dar, hacer o no hacer), comoquiera que el objeto de cada una de ellas es distinto y la conducta que se exige del sujeto pasivo varía. De allí que, por ejemplo, el artículo 1612 disponga, para el caso de las obligaciones de no hacer, el deudor podrá ser obligado a destruir la cosa hecha, siempre que ello sea posible, o podrá autorizarse al

acreedor para que deshaga lo hecho a expensas del deudor. Por su parte, en el caso de las obligaciones de hacer, dispone el artículo 1610 del Código Civil lo siguiente:

“ARTICULO 1610. Si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya:

1a.) Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido.

2a.) Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor.

3a.) Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato.”

De conformidad con la norma en cita, cuando el objeto mediato del contrato y, por ende, de la obligación del deudor consiste en un acto positivo, sin que este comporte la transferencia del derecho de dominio, el acreedor puede exigir la ejecución en especie bajo dos modalidades: (i) que se ordene directamente al deudor que realice el hecho convenido o (ii) que se le autorice para que sea un tercero quien lo ejecute, pero a expensas del deudor. Esta segunda alternativa no es procedente, en general, en los casos en que la obligación sea *intuitu personae*, puesto que únicamente es el deudor quien puede ejecutar la prestación, toda vez que fueron sus calidades particulares las que llevaron al acreedor a contratar. Es este el caso del contrato estatal que, de conformidad con lo establecido en el inciso 3° del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, se caracteriza por ser *intuitu personae*, debido a que *“el contratista es elegido en consideración a que sus condiciones objetivas (hábitos de cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazos y precios ofrecidos), son los más favorables a la administración”*³²⁷. En consecuencia, no es posible que el acreedor solicite que sea un tercero quien cumpla lo debido a expensas del deudor, por lo que cuando se trate del incumplimiento del contratista, no podrá la entidad estatal contratante solicitar autorización para que otra persona lleve a cabo la obra o preste el servicio contratado.

Lo anterior, como ya se ha anticipado, sin perjuicio del derecho que le asiste al acreedor de reclamar la indemnización de los perjuicios que el incumplimiento le haya causado, para efectos de lo cual deberá acreditar la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad contractual, puesto que ya no se trata de una pretensión de cumplimiento sino de una demanda de reparación de daños resarcibles. Estos requisitos son: (i) la existencia de un vínculo jurídico previo, singular y concreto; (ii) el incumplimiento; (iii) el daño; (iv) una relación causal entre el incumplimiento y el daño; (v) un factor de atribución, por regla general subjetivo; (vi) la mora del deudor.

Ahora bien, dentro de este marco, y para efectos del estudio que debe realizar el Tribunal en esta parte final del laudo, es importante hacer referencia al conocido principio conforme al cual nadie está obligado a lo imposible, que responde a la expresión *latina ad impossibilia nemo tenetur*, que se deriva de razones de lógica y equidad, toda vez que el derecho no puede amparar la exigibilidad de conductas que sean física o jurídicamente imposibles, ya

³²⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de 7 de febrero de 2002. Rad. 21845. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Posición reiterada en: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de 12 de agosto de 2013. Rad. 23.088. C.P. Enrique Gil Botero.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

sea que la imposibilidad proceda de circunstancias existentes al momento del nacimiento de la obligación o que sobrevengan con posterioridad. De allí que el artículo 1518 del Código Civil señale que es necesario que el objeto de la declaración de voluntad sea física y moralmente posible. Esta norma contempla el supuesto de la imposibilidad congénita, esto es, el caso en el que la prestación nace como imposible. Al respecto, la doctrina nacional explica:

“La obligación tiene por contenido una conducta determinada, de naturaleza patrimonial, que una persona determinada (deudor) debe realizar a fin de satisfacer un interés, patrimonial o no, de otra persona determinada (acreedor). Por lo mismo, para que la relación se materialice es menester que esa actividad, comisión o abstención, acto personalísimo o fungible del deudor, dación o entrega de una especie o de bienes de género, sea física y legalmente posible. De no ser posible inicialmente la prestación por uno u otro motivo, el vínculo será del todo ineficaz.”³²⁸

Pero puede ocurrir que sean hechos o circunstancias sobrevinientes los que afecten la posibilidad de cumplimiento, por lo que el numeral séptimo del artículo 1625 del mismo Código contempla, como causal de extinción de las obligaciones, la pérdida de la cosa que se debe. Los efectos de esta última disposición se concretan en el artículo 1729 del Código Civil, que prescribe que cuando *“el cuerpo cierto que se debe perece, o porque se destruye, o porque deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe, se extingue la obligación; salvo empero las excepciones de los artículos subsiguientes”*. Al respecto, es importante aclarar que, si bien la figura de la imposibilidad de cumplimiento se encuentra referida en particular a las obligaciones de dar o entregar bienes de especie, lo cierto es que de las normas señaladas se desprende una regla general según la cual la extinción de las obligaciones por imposibilidad en su ejecución se predica respecto de cualquier clase de prestación (dar, hacer o no hacer). En este sentido, la doctrina nacional sostiene lo siguiente:

“La regulación casuística del Código Civil hace particular énfasis en la pérdida del cuerpo cierto que se debe circunscribiéndola a las obligaciones de dar o entregar, concreción que posiblemente se explica por el hecho de que la mayoría de los contratos tipificados (...), tienen relación directa o indirecta con el cuerpo cierto, de donde la preponderancia de las obligaciones de dar o entregar cuerpo cierto es inocultable, punto que hoy, dado el avance en las relaciones negociales, específicamente en las obligaciones de hacer que generan los contratos de prestación de servicios, no es tan claro. No obstante, puede observarse que la pérdida del cuerpo cierto como extinción de la obligación, no es más que la particularización de una idea general, esto es, la imposibilidad de cumplir que, a su vez, corresponde a un axioma que rige todo el mundo de las obligaciones: nadie está obligado a lo imposible.”³²⁹

³²⁸ Hinestrosa Forero, Fernando. *Tratado de las obligaciones*. Tomo I. Tercera Edición. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá (2007). pg. 779.

³²⁹ Velásquez Gómez, Hernán Darío. *Estudio sobre las obligaciones*. Ed. Temis S.A. Bogotá (2010). pg. 1265.

Se desprende de lo anterior que, en general, pueden presentarse circunstancias que hagan física o jurídicamente imposible el cumplimiento de una prestación, que inicialmente era factible, en los términos en los que fue pactada. En estos supuestos, la prestación no es susceptible de ser cumplida por el deudor y, en consecuencia, la obligación se extingue, salvo que la imposibilidad provenga de un hecho atribuible al deudor, como se precisará más adelante.

Sobre el particular, es importante mencionar que lo expresado hasta este punto genera consecuencias en distintos aspectos del negocio jurídico: (i) en el de la extinción de las obligaciones y, en su caso, del vínculo contractual; (ii) en el de la responsabilidad del deudor por incumplimiento; y (iii) en la asignación de los riesgos derivados de la inexecución³³⁰. En lo que se relaciona con el segundo de los aspectos antes mencionados, el artículo 1731 del Código Civil establece que *“si el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación de este subsiste, pero varía de objeto; el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor”*. Esta norma, y el criterio en ella incorporado que resulta aplicable en general a todo tipo de obligaciones, señala que cuando la imposibilidad de cumplimiento es imputable a la conducta del deudor, en adelante este estará obligado a pagar el equivalente pecuniario de la prestación y a indemnizar los perjuicios causados al acreedor. Lo anterior supone que la imposibilidad de cumplimiento atribuible al comportamiento del deudor no da lugar a la extinción del vínculo obligacional, aun cuando es claro que este no podrá ser obligado al cumplimiento en especie, puesto que la prestación, en los términos en que fue pactada, no es susceptible de ser ejecutada, siempre que la imposibilidad sea absoluta y permanente. Sin embargo, y esto se relaciona con los últimos dos aspectos mencionados al inicio de este párrafo, el acreedor podrá demandar la indemnización de los perjuicios por la vía de la responsabilidad civil contractual.

Ahora bien, la imposibilidad de cumplimiento no debe confundirse con la excesiva onerosidad, puesto que se trata de figuras que responden a una naturaleza distinta y producen efectos diversos, como pasa a explicarse.

La excesiva onerosidad es una figura que se encuentra en la base de la teoría de imprevisión y que se refiere a la extrema dificultad en el cumplimiento de las prestaciones a cargo de los contratantes, pero en ningún caso cubre los supuestos de imposibilidad absoluta de cumplimiento. En consecuencia, como ya se ha estudiado, en el supuesto de la excesiva onerosidad el efecto que se produce es el de la revisión del contrato con el fin de corregir el desequilibrio, mientras que la imposibilidad de cumplimiento, cuando no provenga de circunstancias atribuibles a la conducta del deudor, da lugar a la exoneración del cumplimiento. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha precisado:

“La simetría prestacional del negocio jurídico, en atención a su concreta disciplina normativa, especie, función práctica o económica social, autorregulación, utilidad o fines, en oportunidades se altera por causas sobrevenidas, extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, ajenas a las partes,

³³⁰ Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen general de las obligaciones*. Ed. Temis S.A. Bogotá (2018). pg. 458.

*no asumidas por disposición legal o negocial, y generatrices de una manifiesta, grave e injustificada desproporción o excesiva onerosidad.*³³¹

Se evidencia así la diferencia que existe entre los supuestos de imposibilidad sobreviniente de cumplimiento, que hacen que la prestación sea materialmente imposible de cumplimiento, de aquellas circunstancias imprevisibles, extraordinarias y sobrevinientes que hacen excesivamente oneroso el cumplimiento de la prestación a cargo de una de las partes, pero que todavía es susceptible de ser ejecutada tal y como fue convenida, por lo que el vínculo se mantiene vigente. En el presente caso, como se explicará a continuación, el asunto sometido a la decisión del Tribunal debe resolverse de conformidad con los criterios generales sobre la imposibilidad de cumplimiento.

10.3.2 La imposibilidad de obtener el Cierre Financiero

Como se estudió en acápite precedente del presente Laudo, particularmente en el dedicado a las obligaciones de financiación y su alcance, la obligación de obtener el cierre financiero, cuyo cumplimiento reclama la ANI en la Demanda de Reconvención Reformada, es una obligación de hacer que consiste en *“la consecución de un monto mínimo de Recursos de Deuda para el Proyecto en los términos y condiciones señalados en el presente Contrato, especialmente en la Sección 3.9 de esta Parte General”*³³². Se trata, en consecuencia, de una obligación fundamental para el cumplimiento del Contrato de Concesión que necesariamente depende de la obtención de los recursos de deuda, definidos en el numeral 1.137 del la Parte General del Contrato como *“los recursos destinados al Proyecto que tienen como fuente los prestamistas, los cuales serán entregados al Patrimonio Autónomo (Cuenta Proyecto) cuyo repago prevalecerá sobre la recuperación de los Recursos de Patrimonio, excepto si media acuerdo escrito en contrario de los Prestamistas”*³³³. Debido a esta circunstancia, para efectos de establecer si proceden las pretensiones de condena de la Demanda de Reconvención Reformada, en las que se pretende ordenar el cumplimiento de la obligación de obtención del Cierre Financiero en los términos de la cláusula 3.9 de la Parte General del Contrato (pretensión primera de condena), el Tribunal debe estudiar si es posible obtener los recursos de deuda respectivos o si, por el contrario, el cumplimiento de esa prestación tal y como fue pactada es imposible. Asimismo, este análisis resulta necesario para definir las pretensiones de la Demanda Principal Reformada, en las que se solicita que se declare que el contratista no está obligado a ejecutar el Contrato de Concesión a pérdida y contra su propio patrimonio.

Al respecto, en el acápite quinto del presente el Laudo, el Tribunal estudió las pretensiones de la Demanda Principal Reformada tendientes a que se declarara que los prestamistas no están dispuestos a otorgar la financiación en la proporción del sesenta y seis por ciento

³³¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 21 de febrero de 2012. M.P. William Namén Vargas.

³³² Contrato de Concesión No. 004 de 2015, Parte General. pg. 16, Cuaderno de Pruebas número 1, folios 42 y siguientes.

³³³ Contrato de Concesión No. 004 de 2015, Parte General. pg. 36, Cuaderno de Pruebas número 1, folios 42 y siguientes.

(66%) de los recursos requeridos para la ejecución del proyecto. En efecto, mediante comunicación de 10 de octubre de 2016, el Banco Davivienda S.A. manifestó:

“Les informamos, que posterior a la revisión de la información presentada, el Banco no vio viable acompañarlos a través de financiación, debido principalmente a la baja cobertura de deuda implícita en los flujos.”³³⁴

En igual sentido, Bancolombia S.A. expresó, en comunicación de 11 de octubre de 2016, lo siguiente:

“En relación con su invitación a BANCOLOMBIA S.A. (el «Banco») a participar en calidad de prestamista en una facilidad crediticia (la «Facilidad») para Concesión Vial de los Llanos S.A.S. (el «Cliente»), les manifiesto que después de haber revisado la información suministrada no vemos viable acompañarlos como prestamistas de la Facilidad, basados principalmente en los flujos actuales del proyecto, lo anterior debido a que financieramente el proyecto no puede soportar el nivel de deuda propuesto.”³³⁵

A su vez, Banco de Occidente señaló, en comunicación de 12 de octubre de 2016, que *“una vez revisado el modelo actual del proyecto presentado por ustedes, en principio el Banco de Occidente no acogió de manera favorable la participación en el cierre financiero del mismo”³³⁶*.

Finalmente, el perito Julio Villarreal, al resolver la pregunta número 7 del cuestionario que se le formuló para desarrollar su experticia, en la que se le solicitó que explicara si considera que existen las condiciones necesarias para que una entidad financiera lleve a cabo la financiación del proyecto, señaló lo siguiente:

“Ahora bien, las nuevas condiciones del mercado, específicamente, los cambios en el sector petrolero conllevaron a una reducción del tráfico de carga pesada de la zona afecta por la concesión que incidieron en el tráfico de forma negativa. Dichas condiciones han pasado de ser un evento coyuntural a una situación permanente, que se ha sostenido por los últimos años. Estas condiciones han disminuido el tráfico incluso a valores por debajo de los límites esperados, dado el comportamiento histórico previo a la crisis petrolera del país.

“El nuevo tráfico, así como las nuevas proyecciones, claramente muestran una caída de los ingresos que afectan la rentabilidad del proyecto. Con la nueva curva de tráfico la rentabilidad proyecto pasa a 0,04% efectivo anual nominal después de impuestos lo cual representa 11,56 puntos porcentuales menos que su rentabilidad original.

³³⁴ Cuaderno de Pruebas número 1, folio 440.

³³⁵ Cuaderno de Pruebas número 1, folios 441 a 445.

³³⁶ Cuaderno de Pruebas número 1, folio 446.

“Estas nuevas condiciones de tráfico (que impacta directamente el ingreso), no permiten el cumplimiento de las obligaciones de financiación, pues con un 0,04% de rentabilidad no se cubren costos de financiación que actualmente presenta el mercado. Para tener un orden de magnitud, en la pregunta anterior se determinó que el costo promedio de financiación podría estar en un rango de 8,89% y 10,94% efectivo anual nominal después de impuestos.

*“Así las cosas, **con la nueva rentabilidad [del] proyecto (0,04% EA) no se podría encontrar una entidad bancaria que permita el cierre financiero de la concesión, pues lo que retorna el proyecto por sí solo, no alcanza para cubrir el pago de las obligaciones de financiación que se encuentran por encima del 0,04% EA, ni siquiera cubriría el costo de la deuda, que como se observó en la pregunta anterior, supera este valor. Dicho de otra forma, la rentabilidad final (o TIR inversionista), luego de pagar las obligaciones de financiación, sería negativa, destruyendo valor a la concesión.**”³³⁷ (se destaca)*

Del análisis de los medios de prueba anteriormente mencionados, concluye el Tribunal que en las circunstancias actuales del proyecto es imposible para el contratista acceder a los canales de financiación para obtener los recursos de deuda y cumplir así con el Cierre Financiero. En consecuencia, no resulta procedente ordenar el cumplimiento de la prestación en los términos en los que fue convenida en la cláusula 3.9 de la Parte General del Contrato de Concesión, puesto que esta consiste en acreditar que se obtuvo el monto mínimo requerido de los recursos de deuda y, como se señaló, esa obligación es de imposible cumplimiento en las circunstancias actuales del proyecto. Es por esa razón que el Tribunal, en apartados precedentes, concluyó que no es posible obtener la financiación del proyecto, de manera que está llamada a prosperar la pretensión vigésima sexta de la Demanda Principal Reformada y deberá negarse, en consecuencia, la pretensión primera de condena de la demanda de reconvención.

No obstante lo anterior, reitera el Tribunal que en el proceso se encuentra debidamente acreditado que la imposibilidad de obtener el Cierre Financiero proviene de un hecho atribuible al contratista, pues si bien se trata de una obligación de resultado es claro también que se presentó deficiente planeación del proyecto, comoquiera que el modelo financiero se estructuró sobre la base de una proyección de flujo de tráfico que se construyó a partir de un escenario denominado “base” —que incorporaba previsiones de un alto flujo de vehículos—, aunque los documentos en los que constan los estudios de tráfico incorporaban al análisis los escenarios “medio”, “conservador” y “BIB”, que permitían prever una mayor riesgo en la alteración del flujo vehicular al que fue contemplado por el contratista.

Si bien es cierto que, para la época de estructuración del proyecto en el periodo comprendido entre 2012 y 2013, las estimaciones de tráfico que tuvo en cuenta el Originador eran razonables, se acreditó en el proceso que para el año 2015, en el que se celebró el Contrato, existían nuevos elementos de juicio que debieron ser valorados e incluidas por el concesionario, toda vez que alteraban el modelo financiero. En este punto

³³⁷ Dictamen pericial elaborado por Julio Villarreal Navarro del 31 de agosto de 2017. Página 42.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

es importante resaltar que, previo a la suscripción del contrato, la entidad contratante presenta al originador su propuesta con las condiciones para la aceptación de la iniciativa y este último puede aceptarlas o proponer otras alternativas (art. 16 de la Ley 1508 de 2012). Así, en caso de que el originador identifique variaciones que pueden afectar el proyecto que estructuró, se encuentra en el deber de proponer los ajustes que correspondan a las condiciones de aceptación que le formula la entidad contratante.

A lo anterior se suma que el artículo 23 del Decreto 1467 de 2012, que dispone que en la etapa de factibilidad deben profundizarse los análisis y la información básica con la que se contaba en la etapa de prefactibilidad, de lo que se desprende que el originador debe analizar de nuevo de los datos con los que cuenta y recopilar información adicional que le permita reducir la incertidumbre asociada al proyecto. En el caso concreto, los estudios de tráfico elaborados por Consultoría Colombiana S.A. (Concol), son de enero de 2014, es decir, se presentaron con un año de anterioridad a la declaratoria de factibilidad el 5 de febrero de 2015. Durante ese año se presentaron cambios en las circunstancias del país, como se señala en el dictamen pericial de EConcept AEI S.A.S., en el que se señala que desde el segundo semestre del 2014 ya se podía identificar una prevalencia de los precios bajos del petróleo. Se observa entonces que el concesionario debía ajustar las condiciones del proyecto a las nuevas variables, con el fin de mitigar el impacto que pudiera tener la caída del precio del petróleo en la financiación del contrato.

Lo anterior no significa que el originador deba considerar siempre el escenario más adverso y estructurar el negocio con base en él, sino que cuando se adopten escenarios optimistas como base del modelo, se hace necesario tomar medidas de mitigación para evitar que, en caso de presentarse el supuesto contrario, el impacto en la economía del contrato sea el menor posible y se garantice así la posibilidad de ejecución del respectivo proyecto.

Las inconsistencias en la estructuración del modelo financiero fueron acreditadas, principalmente, mediante los dictámenes periciales de EConcept AEI S.A.S. y Valora Consultoría S.A.S.

En consecuencia, si bien el contratista no puede ser obligado al cumplimiento debido a la imposibilidad de ejecución que se presenta en el caso concreto, esto no significa que quede liberado de su vínculo sin tener que soportar carga patrimonial alguna, pues, se reitera, dicha imposibilidad no le es ajena al concesionario, sino que, por el contrario, es atribuible a su comportamiento. En efecto, acreditado el incumplimiento de sus obligaciones como consecuencia de una deficiente planeación del proyecto y de su estructuración financiera, es claro que la responsabilidad de la concesionaria se ve comprometida y deberá indemnizar los perjuicios que cause a la entidad contratante, en la medida en que se acrediten con los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico para que se puedan considerar como daños resarcibles, aspectos sobre los que ya profundizó el Tribunal cuando analizó las pretensiones indemnizatorias presentadas en este proceso por la ANI y las despachó desfavorablemente.

Las consideraciones expuestas resultan igualmente relevantes para definir la pretensión cuadragésima primera de la Demanda Principal Reformada, en la que se solicitó que se declare que el concesionario no está obligado, en las condiciones actuales del proyecto, a

ejecutar el contrato a pérdida y contra su propio patrimonio. Sobre el particular, es importante recordar que deben distinguirse los supuestos de imposibilidad de cumplimiento contractual de aquellos de excesiva onerosidad, máxime si ambos encuentran su fuente en la conducta del deudor, puesto que dicha situación necesariamente comportará un incumplimiento contractual. Al respecto, recuerda el Tribunal que, en los supuestos de imposibilidad de cumplimiento, el acreedor no puede reclamar que el contrato sea cumplido en los mismos términos en que fue pactado, es decir, no es posible obligar al deudor a ejecutar la prestación en especie. Por el contrario, en el escenario de la excesiva onerosidad, el contrato es susceptible de ser cumplido y si la causa es imputable al deudor, como consecuencia de la concreción de un riesgo previsible que le fue asignado, es claro que deberá soportar con su patrimonio los efectos adversos de su comportamiento.

En los anteriores términos, el Tribunal declarará próspera la pretensión, pero en el entendido de que se trata de un supuesto de imposibilidad de cumplimiento, que en todo caso compromete la responsabilidad contractual del contratista por provenir de un hecho que le es imputable.

Finalmente, respecto de la pretensión sexta de condena de la Demanda de Reconvención Reformada, es importante señalar que la imposibilidad de obtener el Cierre Financiero es consecuencia de la imposibilidad de acceder a los canales de financiación que permitan obtener los recursos de deuda que componen uno de los dos rubros de financiación del proyecto, lo que genera una inviabilidad general del contrato en los términos en los que fue convenido. En efecto, el contrato se financia en un sesenta y seis por ciento (66%) con recursos de deuda provenientes de prestamistas externos, de manera que la imposibilidad de obtener esos recursos necesariamente hace que el proyecto no tenga posibilidades de llevarse a cabo en los términos en los que fue contratado. De esta manera, el Tribunal no podría acceder a una pretensión formulada en términos genéricos y abiertos como la que reclama la ANI, en el sentido de ordenar *“ejecutar a cabalidad todas las demás prestaciones”*, puesto que es necesario valorar tanto el proyecto como el contrato en su integridad y la imposibilidad de cumplimiento a la que se ha aludido. En este sentido, el Tribunal no puede valorar cuales de las prestaciones que se reclaman serían susceptibles de cumplimiento o no, a la luz de la inviabilidad general que afecta el contrato. Por estas razones, el Tribunal negará la pretensión, sin perjuicio de lo que se resuelva respecto de pretensiones particulares que son objeto de debate en el presente proceso que versan sobre prestaciones concretas e individualizadas en su alcance y efectos.

10.3.3 La indemnización de perjuicios solicitada por la ANI

El Contrato de Concesión No. 004 de 5 de mayo de 2015, prevé una serie de estipulaciones contractuales tendientes a remediar la situación de incumplimiento, principalmente, del contratista. Dentro de estas alternativas se destacan: (i) las cláusulas excepcionales al derecho común; (ii) las multas; (iii) la toma de posesión por parte de los Prestamistas; y (iv) la terminación parcial de unidades funcionales en eventos eximentes de responsabilidad. Sin embargo, debido al marco de competencia de este Tribunal, delimitado por las partes en las pretensiones de la Demanda Principal Reformada y de la demanda de reconvención, en los hechos que les sirven de fundamento y en las excepciones de mérito propuestas en la contestación respectiva, no hay lugar a su análisis en el caso concreto.

En todo caso, el Tribunal destaca que se acreditó una situación de imposibilidad de desarrollo del proyecto en los términos en que fue estructurado y concebido por las partes, particularmente porque no es posible obtener los recursos de deuda que se requieren para obtener el Cierre Financiero. Esta conclusión no desconoce que la imposibilidad se deriva de las deficiencias en el cumplimiento del deber de planeación por parte del concesionario, en los términos en los que ha sido estudiado en este Laudo, lo que conduciría a que siendo imposible ordenar el cumplimiento en especie de la prestación lo que corresponda sea evaluar la procedencia de una indemnización de perjuicios. Por esta razón, el Tribunal debe reiterar las consideraciones realizadas en el acápite en el que estudió la pretensión indemnizatoria formulada por el concesionario.

Según ya se ha señalado, derivado del incumplimiento de la Concesionaria la ANI reclama a título de indemnización de perjuicios el mayor valor del dinero en el tiempo o rendimiento financiero de la inversión obtenido por aquella, que, según afirma, generó un costo financiero de la inversión para la ANI; sin embargo, como ya se ha indicado también, esta pretensión no está llamada a prosperar debido a que el detrimento que se plantea no reúne los requisitos del daño resarcible y, además, porque se reclama como perjuicio indemnizable de la ANI el supuesto rendimiento obtenido por el contratista, lo que, en principio, no resulta correlativo a un empobrecimiento patrimonial de la entidad pública convocada. Para estos efectos, el Tribunal se remite a lo expuesto en el numeral “6.4.8 Costo financiero pretendido por la ANI por incumplimientos de obligaciones de financiamiento” del presente Laudo.

Debe recordarse que, de manera general, la jurisprudencia define el daño como “*todo detrimento, menoscabo o deterioro, que afecta bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con su esfera espiritual o afectiva, o con los bienes de su personalidad*”³³⁸. Como ya se ha señalado, para que el daño adquiera la relevancia jurídica suficiente que da lugar a su reparación, es necesario que se acrediten las siguientes condiciones: (i) que sea personal, (ii) que sea cierto³³⁹, y, según alguna doctrina, (iii) que sea directo³⁴⁰, en tanto esté relacionado causalmente con el incumplimiento. El Tribunal ya ha analizado con detenimiento las razones por las cuales respecto de los particulares perjuicios que se han reclamado en esta actuación no se está en presencia de un daño resarcible, lo que ha conducido a que las mencionadas pretensiones indemnizatorias, en

³³⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 1° de noviembre de 2013.

³³⁹ Sobre el requisito de certeza del daño, la doctrina ha señalado que “(...) el daño debe ser cierto, por oposición a lo puramente hipotético, eventual o conjetural; lo que significa que debe haber certidumbre en cuanto a su existencia misma, en el caso de daño actual; o suficiente probabilidad, de acuerdo al curso natural y ordinario de los acontecimientos (...), de que el mismo llegue a producirse, como previsible prolongación o agravación de un perjuicio ya en alguna medida existente, en la hipótesis de daño futuro. (...) El daño debe ser ante todo real, cierto y existente, pues procedes a la reparación de un daño eventual o hipotético, aunque sea susceptible de producirse en el futuro, pero todavía no realizado, equivaldría a enriquecer sin causa a la víctima.” Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J., *Tratado de la Responsabilidad Civil, El Derecho de Daños en la Actualidad: Teoría y Práctica – Tomo I*. PG. 413.

³⁴⁰ El daño debe ser directo, es decir, “(...) debe estar relacionado causalmente con el hecho generador (...), sólo son resarcibles los daños que se hallan en una relación de causalidad, jurídicamente relevante con el acto lesivo”. Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J., *Tratado de la Responsabilidad Civil, El Derecho de Daños en la Actualidad: Teoría y Práctica – Tomo I*. PG. 418.

los precisos términos solicitados en este proceso, no estén llamadas a prosperar. En consecuencia, se niegan las pretensiones primera y segunda de condena de la Demanda de Reconvención Reformada.

10.3.4 El principio de conservación del contrato y la primacía del interés general

Sin perjuicio de lo expuesto, no puede desconocer el Tribunal que la contratación estatal está directamente relacionada con la satisfacción del interés general, y el contrato estatal es precisamente uno de los instrumentos que tiene el Estado a su disposición para cumplir con sus finalidades. Debido a la importancia del papel que desempeña, el Consejo de Estado ha desarrollado el principio de conservación del contrato estatal, con fundamento en el artículo 3° de la Ley 80 de 1993, que establece que, al celebrar contratos, las entidades estatales buscan la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados. Así, se señala:

“La norma transcrita [art. 3° de la Ley 80] determina el deber ser de la actuación de la Administración y de los contratistas en punto al cumplimiento de los fines del Estado: el interés general se ve honrado por la continuidad y eficiencia en la prestación de los servicios contratados y el feliz término de los mismos.

“(…)

“Recuerda la Sala que la justificación del principio general de conservación de los contratos reside en que no obstante que se pueden observar imperfecciones en el curso de la ejecución del contrato, las partes normalmente tienen interés en mantener vigente el negocio originario, ya que lo contrario supondría comenzar de nuevo con la consecuente pérdida de tiempo y de recursos, razón por la cual se les impone el deber de hacer «lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla» y acordar «los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente» las situaciones que lleguen a presentarse.”³⁴¹

En esta línea de argumentación, el numeral 9 del artículo 4° de la Ley 80, que consagra los derechos y deberes de las entidades estatales, prescribe que *“actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse”*. Asimismo, dentro de los derechos y deberes correlativos del contratista, el numeral 2° del artículo 5° de la Ley 80 dispone que *“colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y*

³⁴¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 5 de julio de 2016. Rad. 2278. C.P. Germán Bula Escobar (E).

buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramamiento que pudieran presentarse”.

Igualmente, se ha acudido al principio de conservación como un criterio de interpretativo del contrato estatal, en virtud del cual *“su interpretación debe conducir a lograr que el contrato o algunas de sus estipulaciones resulten eficaces, es decir, en términos del artículo 1620 del Código Civil debe preferirse el «efecto útil» de las cláusulas del contrato; asimismo, de conformidad con las previsiones del artículo 1622 de la misma codificación «las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad», en virtud de lo cual no puede atribuirse sentido a una de sus estipulaciones –en este caso de la duración del contrato- de forma inconexa respecto de las demás cláusulas”*³⁴².

En este mismo sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha estudiado la importancia de adoptar medidas como la suspensión del contrato o su liquidación unilateral en los casos de inviabilidad de ejecución, con el fin de evitar su parálisis definitiva:

*“En estas condiciones, ante la evidencia de la inviabilidad material de la ejecución de la integridad del objeto del contrato No. 009 y la aproximación del vencimiento de su plazo, en criterio de la Sala, la finalización de las obras faltantes no podían quedar en suspenso de manera indefinida, pues de cara a la imposibilidad de culminar el objeto del contrato en el término señalado por la circunstancia advertida, las partes han debido, de un lado, efectuar oficialmente una suspensión del contrato —siempre que aún se encontrara vigente— precisando el término de la misma y la fecha prevista para su reanudación —lo cual en el caso no ocurrió- o, ante el impedimento de determinar con exactitud el período que habría de demorar la ejecución de la obras requeridas (que en el caso fue de 4 años), han debido realizar las gestiones pertinentes para liquidarlo ya fuera bilateral o unilateralmente en el estado en que se encontrara, sin que, se reitera, fuera posible jurídicamente dejar su ejecución en el limbo.”*³⁴³

Lo anterior permite resaltar la importancia que adquiere actualmente el principio de conservación del contrato, puesto que se orienta a la satisfacción del interés general involucrado en los negocios jurídicos que celebra el Estado, como quiera que su paralización o terminación conducen al incumplimiento de los fines estatales, por lo que ambas partes de la relación deben propender por su mantenimiento y cumplimiento, de manera que, ante circunstancias que alteran o dificultan su ejecución, deberán colaborar mutuamente para que el contrato sea eficaz y llegue a término.

A este respecto, encuentra el Tribunal que, a lo largo de la etapa de ejecución del Contrato de Concesión No. 004, las partes han manifestado su interés de continuar con la ejecución del contrato y de solventar en conjunto las dificultades que actualmente imposibilitan su cumplimiento. En efecto, en los Otrosíes 3, 5 y 6, y en el documento denominado Acta de

³⁴² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 24 de mayo de 2012. Rad. 21181. C.P. Hernán Andrade Rincón.

³⁴³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de 26 de agosto de 2015. Rad. 42.656. C.P. Hernán Andrade Rincón (E).

Entendimiento, se evidencia el esfuerzo de los contratantes por reajustar las condiciones financieras del contrato o por suspender temporalmente el cumplimiento de algunas de las obligaciones de financiación. Es por ello que el Tribunal considera que las partes, en cumplimiento de los postulados de la buena fe y de conservación del contrato, y de los deberes que la ley impone en atención a los fines perseguidos con la contratación estatal, podrían renegociar las bases del contrato y buscar fórmulas de arreglo que permitan el cumplimiento de su objeto.

Sobre el particular, resulta ilustrativa la cláusula de modificación unilateral contenida en la Parte General del Contrato, conforme a la cual *“si fuere necesario introducir variaciones en el Contrato para evitar la paralización o afectación grave del servicio y previamente las Partes no llegaran al acuerdo respectivo, la ANI mediante acto administrativo debidamente motivado (...) lo podrá modificar mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios”*. De esta estipulación contractual se destaca que las partes deben valorar en conjunto posibles alternativas de solución cuando las condiciones del contrato amenacen su paralización, y algunos de los criterios son, por ejemplo, la supresión o adición de obras, es decir, la modificación del alcance del objeto contractual.

11 Juramento Estimatorio

Corresponde al Tribunal determinar si hay lugar o no a aplicar las sanciones que consagra la ley en relación con el juramento estimatorio, para lo cual son procedentes las siguientes consideraciones:

El artículo 206 del Código General del Proceso establece la obligación de realizar el juramento estimatorio a cargo de quien *“pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras”* y prevé entre sus consecuencias unas sanciones, las que según se indicó en el informe de ponencia del proyecto en el Congreso de la República y ha destacado la Corte Constitucional³⁴⁴ buscan *“desestimular la presentación de pretensiones sobreestimadas o temerarias”*.

A tal efecto el Código establece que *“Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.”*(Inciso modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014). Agrega el párrafo del mismo artículo que *“También habrá lugar a la condena a que se refiere este artículo, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento la sanción equivaldrá al cinco (5) por ciento del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.”*

De esta manera, la imposición de sanciones procede en dos casos: cuando *“la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada”*, o cuando se niegan *“las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios”*. En la medida en

³⁴⁴ Sentencia C-175 de 2013.

que norma es sancionatoria es claro que su interpretación es restrictiva y no procede la aplicación de sanciones en otros supuestos.

Ahora bien, en Sentencia C-175 de 2013 la Corte Constitucional declaró exequible condicionalmente el parágrafo del artículo 206 del Código General del Proceso *“bajo el entendido de que tal sanción -por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa de la misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado”*.

En las consideraciones de esta sentencia la Corte precisó que para efectos de la aplicación de las sanciones por razón del juramento estimatorio debe distinguirse entre las dos siguientes hipótesis: (i) si *“los perjuicios no se demostraron por el obrar culpable de la parte a la que le correspondía hacerlo”*, o (ii) si *“los perjuicios no se demostraron pese al obrar exento de culpa de la parte a la cual correspondía hacerlo.”*

Precisó la Corte que *“Si la carga de la prueba no se satisface por el obrar descuidado, negligente y ligero de la parte sobre la cual recae, valga decir, por su obrar culpable, al punto de que en el proceso no se logra establecer ni la existencia ni la cuantía de los perjuicios, aunque sea posible que sí hayan existido en la realidad, de esta situación deben seguirse consecuencias para la parte responsable”, pero “si la carga de la prueba no se satisface pese al obrar diligente y esmerado de la parte sobre la cual recae, valga decir, por circunstancias o razones ajenas a su voluntad y que no dependen de ella, como puede ser la ocurrencia de alguna de las contingencias a las que están sometidos los medios de prueba, es necesario hacer otro tipo de consideración”*, para lo cual debe tomarse en cuenta si la contingencia a que está sujeto el medio de prueba existía antes de iniciar el proceso y era conocida por la parte. Agregó la Corte que cuando se está *“ante un fenómeno que escapa al control de la parte o a su voluntad, y que puede ocurrir a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado. En este escenario hipotético la sanción prevista en la norma demandada sí resulta desproporcionada y, por tanto, vulnera el principio de buena fe y los derechos a acceder a la administración de justicia y a un debido proceso, pues castiga a una persona por un resultado en cuya causación no media culpa alguna de su parte. Dado que esta interpretación de la norma es posible, la Corte emitirá una sentencia condicionada”*.

Desde esta perspectiva encuentra el Tribunal que frente a la estimación realizada por la Demandante en su Demanda Principal Reformada no procede aplicar una sanción por razón del juramento estimatorio, porque no se presenta ninguno de los supuestos en los que de conformidad con el artículo 206 del Código General del Proceso procede la imposición de la sanción. En efecto, la decisión negativa del Tribunal respecto de las pretensiones de la Demandante obedeció a razones sustanciales que han sido expuestas lo largo de este laudo y no a la ausencia de prueba del perjuicio.

Por lo que se refiere a la estimación realizada por la Demandada en la Demanda de Reconvencción Reformada, encuentra el Tribunal que no se encuentra acreditado que exista un obrar reprochable de la Demandada en la prueba del perjuicio. En efecto, a pesar de que la Demandada aportó elementos de convicción acerca de lo que ella consideraba que era el daño sufrido, como es un dictamen pericial, lo cierto es que el Tribunal consideró que

jurídicamente las sumas que ella reclamaba no constituían técnicamente un daño de la entidad estatal y por ello la misma no tenía derecho a reclamarlas.

Por lo anterior, considera el Tribunal que no procede la aplicación de la sanción prevista por el artículo 206 del Código General del Proceso.

12 Costas

Los honorarios y gastos del proceso, que surgen de su carácter arbitral, fueron determinados por el Tribunal en la audiencia celebrada el ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho³⁴⁵ y fueron asumidos por ambas partes, en idénticas proporciones³⁴⁶.

En total, cada una de las partes asumió el pago de \$939.677.980, suma en la que se encuentra el valor del impuesto al valor agregado IVA de los honorarios de los árbitros y de la secretaria y de los gastos de administración del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

En adición, la Demandante incurrió en honorarios y gastos para el perito Valora Consultoría S.A.S. por \$297.000.000, incluido IVA, y \$80.000.000, respectivamente.

El Tribunal estima como agencias en derecho, para efectos de la condena en costas que se resuelve a continuación, la suma de \$273.434.700, que equivale al 70% de los honorarios de un árbitro.

Tomando en cuenta la decisión del Tribunal respecto de la prosperidad de las pretensiones de la Demanda Principal Reformada y de la Demanda de Reconvención Reformada, como ha quedado señalado en la parte motiva anterior, el Tribunal condenará a Concesión Vial de Los Llanos S.A.S. al pago del 70% de las costas del proceso, de acuerdo con lo previsto en el numeral 5º del artículo 365 del Código General del Proceso.

Para el efecto, se ordenará que dicha sociedad reembolse a la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI el equivalente al 20% de los honorarios y gastos de este proceso, es decir, la suma de \$375.871.192, con lo cual habrá asumido el 70% de los honorarios y gastos antes señalados.

Por agencias en derecho se ordenará el pago de la suma antes señalada.

En consecuencia, Concesión Vial de Los Llanos S.A.S. deberán pagar a la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI la suma de \$649.305.892, por concepto de costas.

³⁴⁵ Acta número 14, folios 246 a 251 del Cuaderno Principal número 4.

³⁴⁶ Así consta en el informe del Presidente del Acta número 15, Folios 275 a 294 del Cuaderno Principal número 4.

III. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitraje constituido para resolver en derecho las controversias surgidas entre Concesión Vial de Los Llanos S.A.S., de una parte, y la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, de la otra, habilitado por las partes, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero: Declarar que el 5 de mayo de 2015, CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI celebraron el Contrato de Concesión No. 004, bajo el esquema de Asociación Público Privada (APP) de Iniciativa Privada, en los términos de la ley 1508 de 2012, cuyo objeto es el otorgamiento de una concesión para que, de conformidad con lo previsto en dicho Contrato, el Concesionario, por su cuenta y riesgo, lleve a cabo el Proyecto cuyo alcance corresponde a los estudios y diseños definitivos, financiación, gestión ambiental, predial y social, construcción, mejoramientos, rehabilitación, operación, mantenimiento y reversión de la Concesión Malla Vial del Meta, de acuerdo con el Apéndice Técnico I y demás Apéndices del Contrato. En este sentido prospera la pretensión primera de la Demanda Principal Reformada.

Segundo: Declarar que CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI celebraron el Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, conforme con las condiciones materiales, jurídicas, sociales y económicas contenidas en el Documento de Factibilidad entregado por la sociedad ODINSA S.A. (en su condición de Originador) a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI el 20 de marzo de 2013. En este sentido prospera la pretensión segunda de la Demanda Principal Reformada.

Tercero: Declarar que la Organización de Ingeniería Internacional S.A. Grupo Odinsa S.A. entregó a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI la documentación técnica solicitada en el artículo segundo de la Resolución 730 de 2012, la cual, según dicha comunicación, incluía:

- “1. Modelo Financiero detallado y formulado que fundamenta el valor del proyecto*
- “2. Descripción detallada de las fases y duración del proyecto, justificación del plazo del contrato, análisis de Riesgos Asociados al proyecto, estudio de tráfico, estudios de impacto ambiental, económico y social, estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, financiera y jurídica del proyecto.*
- “3. Documentos que acreditan la capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación de experiencia de inversión o estructuración de proyectos o para desarrollar el proyecto.*
- “4. Minuta del contrato a celebrar*
- “5. Matriz de Riesgos.*

“6. Declaración juramentada donde se certifica que la información que se entrega a la ANI con la presente comunicación, es veraz y es toda la que dispone el proyecto.”

En este sentido prospera la pretensión tercera de la Demanda Principal Reformada.

Cuarto: Declarar que la iniciativa presentada por Organización de Ingeniería Internacional S.A. Grupo Odinsa S.A. cumplió a cabalidad con los requerimientos establecidos en el artículo 23 del Decreto 1467 de 2012, que reglamenta la Ley 1508 de 2012, y en la Resolución 730 de 2012 proferida por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI y los demás requisitos exigidos por esta entidad. En este sentido prospera la pretensión cuarta de la Demanda Principal Reformada.

Quinto: Declarar que el 5 de febrero de 2015 la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI expidió una comunicación por medio de la cual señaló que la propuesta presentada cumplía a cabalidad con los requerimientos establecidos en el artículo 23 del Decreto 1467 de 2012, que reglamenta la Ley 1508 de 2012, y que la propuesta “es VIABLE y acorde con los intereses y políticas públicas”. En este sentido prospera, la pretensión quinta de la Demanda Principal Reformada.

Sexto: Declarar que fueron premisas esenciales del Caso Base del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, en cuanto hace a su factibilidad financiera, las siguientes que aparecen en el modelo financiero de la propuesta:

- Tasas de deuda:
 - IPC + 8.5%
- TIR Proyecto Nominal:
 - 11,60%
- TIR Proyecto Real:
 - 8,35%
- Estructura de Capital:
 - Equity: 34%: \$523.481.688.839 (Pesos de diciembre de 2013)
 - Deuda: 66%: \$1.021.565.692.378 (Pesos de diciembre de 2013)
 - Equity: 34%: \$590.866.957.922 (Pesos corrientes)
 - Deuda: 66%: \$1.160.000.000.000 (Pesos corrientes)
- Valor Presente del Ingreso de Peajes (VPIP)
 - VPIP: COP 2.448.112.000.000 (Pesos de diciembre de 2013)
- DTF: 4.36%
- Inflación Proyectada: 3%

De la anterior forma prospera la pretensión sexta de la Demanda Principal Reformada.

Séptimo: Declarar que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI conoció y evaluó el Modelo Financiero con el cual fue estructurado el Proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 004 de 2015, en su Etapa de Factibilidad, por lo cual prospera la pretensión séptima de la Demanda Principal Reformada.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

Octavo: Declarar que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI encontró viables y factibles las premisas sobre las que el Originador elaboró el modelo financiero con el cual fue estructurado el proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 004 de 2015, en su Etapa de Factibilidad, por lo cual prospera la pretensión octava de la Demanda Principal Reformada.

Noveno: Declarar que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI tuvo en cuenta el modelo financiero con el cual fue estructurado el Proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 004 de 2015, en su Etapa de Factibilidad, por lo cual prospera la pretensión novena de la Demanda Principal Reformada.

Décimo: Declarar que la ratio capital/deuda considerada en el estudio de factibilidad está dentro de los parámetros esperados para este tipo de proyectos. En este sentido se decide la pretensión décima de la Demanda Principal Reformada.

Undécimo: Declarar que de acuerdo con el Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, los únicos ingresos que puede recibir el Concesionario por concepto de remuneración (inversiones y costos) por la ejecución del contrato, según lo previsto en el literal b) del numeral 3.1 de la parte General del Contrato, provienen de: (i) Recaudo de la tarifa cobrada por peajes; y (ii) Ingresos por explotación comercial en los términos del Contrato. En tal sentido prospera la pretensión décima primera de la Demanda Principal Reformada.

Duodécimo: Declarar que acuerdo con el Modelo Financiero con el cual fue estructurado el Proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, los únicos ingresos previstos para el Concesionario son los derivados del recaudo de la tarifa de los peajes. En tal sentido prospera la pretensión décima segunda de la Demanda Principal Reformada.

Decimotercero: Declarar que de conformidad con lo dispuesto en la Sección 3.1 “Retribución” del Capítulo III “ASPECTOS ECONÓMICOS DEL CONTRATO” del Contrato de Concesión No. 004 de 2015, el principal ingreso del Concesionario proviene del recaudo de peajes. En tal sentido prospera la pretensión décima tercera de la Demanda Principal Reformada.

Decimocuarto: Declarar que el tráfico del Proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 004 de 2015 constituye una de las premisas esenciales del Caso Financiero Base del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, en cuanto hace parte de su factibilidad financiera por ser determinante del ingreso único del Concesionario. En tal sentido prospera la pretensión décima cuarta de la Demanda Principal Reformada.

Decimoquinto: Declarar que cuando se presentaron las estimaciones de tráfico por parte del Originador en el año 2013 las mismas podían ser consideradas razonables e idóneas, de acuerdo con el estudio histórico de la evolución del tráfico en la región en general y en la zona del Proyecto en particular, realizada por el Originador del Proyecto y base del modelo financiero del mismo, lo que no significa que fueran las únicas previsibles. En este sentido prospera la pretensión décima octava de la Demanda Principal Reformada.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

Decimosexto: Declarar que se produjeron variaciones del ingreso derivado del tráfico del Proyecto, en tanto premisa esencial del Caso Base del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, que superan en el 45% de las inicialmente estimadas por el Concesionario. En este sentido prospera parcialmente la pretensión décima novena de la Demanda Principal Reformada.

Decimoséptimo: Declarar que el Patrimonio Autónomo que administra los recursos del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 ha tenido un menor ingreso derivado de las afectaciones del tráfico del Proyecto y la no aplicación de las tarifas contractuales. En este sentido prospera la pretensión vigésima segunda de la Demanda Principal Reformada.

Decimooctavo: Declarar que, como consecuencia de la variación del tráfico del proyecto y la no aplicación de la tarifa, como premisas esenciales del Caso Base del Contrato de Concesión 004 del 5 de mayo de 2015, la reducción de los ingresos en más del 45% respecto de lo previsto en el Modelo Financiero de estructuración del Proyecto, presentaría las siguientes variaciones:

	Estructuración	Condiciones Actuales
TIR proyecto real	8.350/0	-0.24%
TIR inversionista Real	9.360/0	-0.24%
Deuda millones (pesos diciembre 2013)	\$ 1,021,566	\$0
Equity millones (pesos diciembre 2013)	\$523.481	-
VPN Flujos del inversionista (Millones)	\$0*	-

En este sentido se decide la pretensión vigésima tercera de la Demanda Principal Reformada.

Decimonoveno: Declarar que las variaciones del tráfico y la no aplicación del esquema tarifario contractual, en tanto premisa esencial del Caso Base del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, más allá del 45% de fluctuación respecto de lo previsto en el Modelo Financiero de la Estructuración del Proyecto, afectan sustancialmente el esquema financiero del Proyecto en concesión y hacen inviable su ejecución, en las condiciones inicialmente propuestas por el Originador, toda vez que como pre-requisito de inicio de la fase de construcción se debe acreditar el cierre financiero del proyecto. En este sentido prospera la pretensión vigésima quinta de la Demanda Principal Reformada.

Vigésimo: Declarar que, como consecuencia de las variaciones del tráfico del Proyecto en tanto premisa esencial del Caso Base del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, en cuanto hace a su factibilidad financiera, los prestamistas no están dispuestos a otorgar la financiación en la proporción del sesenta y seis por ciento (66%) de deuda requerida para la ejecución del Proyecto en Concesión, según el esquema financiero

previsto en su estructuración y que fue premisa esencial del Caso Base del Originador. En este sentido prospera la pretensión vigésima sexta de la Demanda Principal Reformada.

Vigésimo primero: Declarar que la ejecución del proyecto en las condiciones actuales resulta financieramente inviable para el Contratista - Concesionario. En este sentido prospera la pretensión vigésima octava de la Demanda Principal Reformada.

Vigésimo segundo: Declarar que el Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 es un contrato estatal. En este sentido prospera la pretensión vigésima novena de la Demanda Principal Reformada.

Vigésimo tercero: Declarar que al Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 le es aplicable la normatividad constitucional y legal que gobierna los Contratos de la Administración Pública colombiana, y en particular le son aplicables en aquello que no se oponga a lo dispuesto en la Ley 1508 de 2012, los artículos 4, 5, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993; 4 de la Ley 1150 de 2009 y 13 de la Ley 1682 de 2013. En este sentido prospera la pretensión trigésima de la Demanda Principal Reformada.

Vigésimo cuarto: Declarar que CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S., contratista concesionario en el Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, es un contratista estatal. En este sentido prospera la pretensión trigésima primera de la Demanda Principal Reformada.

Vigésimo quinto: Declarar que, de conformidad con la normativa vigente en materia de contratación estatal, y en particular por lo dispuesto en los artículos 4, 5, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993, 4 de la Ley 1150 de 2009 y 13 de la Ley 1682 de 2013, CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S., en tanto contratista estatal, asume los riesgos previsibles según su identificación, previsión y cuantificación en el Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, o los que correspondan según la naturaleza de las obligaciones a su cargo. En este sentido prospera la pretensión trigésima cuarta de la Demanda Principal Reformada.

Vigésimo sexto: Declarar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, los riesgos imprevisibles no son asignables al contratista estatal. En este sentido prospera parcialmente la pretensión trigésima quinta de la Demanda Principal Reformada.

Vigésimo séptimo: Declarar que CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. no asumió riesgos imprevisibles en el Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015. En este sentido prospera parcialmente la pretensión trigésima sexta de la Demanda Principal Reformada.

Vigésimo octavo: Declarar que CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. no está obligada ni por la Ley, ni por el Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 a ejecutar el Proyecto que constituye su objeto únicamente con recursos de equity, según su definición en el Contrato, si tal ejecución le ocasionara pérdidas patrimoniales. En este sentido prospera la pretensión trigésima novena de la Demanda Principal Reformada.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

Vigésimo noveno: Declarar que, en las condiciones actuales del Proyecto, CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. incurriría en pérdidas económicas irreversibles si fuese forzado a ejecutar el Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 únicamente con recursos de equity. En este sentido prospera la pretensión cuadragésima de la Demanda Principal Reformada.

Trigésimo: Declarar que CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. en tanto contratista estatal, no está obligada en las condiciones actuales del Proyecto, ni por la Ley ni por el Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, a ejecutar el Contrato de Concesión a pérdida y contra su propio patrimonio. Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad que le corresponde en los términos indicados en este laudo. En este sentido prospera la pretensión cuadragésima primera de la Demanda Principal Reformada.

Trigésimo primero: Declarar que el 2 de junio de 2016, CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI suscribieron el Otrosí No. 3 al Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, y entre otros acuerdos, pactaron:

“CLÁUSULA SEGUNDA: Dentro de máximo los noventa (90) días siguientes a la firma del presente otrosí, deberá surtirse el proceso de socialización del esquema tarifario de la resolución 1130 de 2015 con sus fórmulas de indexación en las estaciones de peaje de Yucao y Casetabla, así como su definición e implementación. De igual forma, dentro de este mismo plazo de noventa (90) días, las partes se obligan a que una vez se tenga el resultado de la socialización e implementación de las tarifas mencionadas en el presente documento, se revisarán los mecanismos regulados en el contrato y de ser necesario se definirán las nuevas condiciones del mismo, tales como el valor del contrato y el plazo de las diferentes etapas y fases del contrato de concesión.

“PARÁGRAFO PRIMERO: En todo caso el Concesionario tendrá un plazo adicional para el cierre financiero de noventa (90) días contados a partir de la fecha en que se surta el proceso de socialización y cuando se defina un caso financiero base del proyecto, todo lo cual deberá quedar reflejado mediante Otrosí al contrato”.

“PARÁGRAFO SEGUNDO: Definido el caso base del proyecto, se deberá revisar el modelo financiero para determinar y valorar si existe un efecto financiero generado por las nuevas condiciones del Contrato y por las modificaciones realizadas mediante el presente Otrosí. Los ajustes pertinentes se harán mediante Otrosí al contrato”.

En este sentido prospera la pretensión cuadragésima tercera de la Demanda Principal Reformada.

Trigésimo segundo: Declarar que, de conformidad con lo dispuesto en el Parágrafo Primero de la Cláusula Segunda del Otrosí No. 3 al Contrato de Concesión, *“el Concesionario tendrá un plazo adicional para el cierre financiero de noventa (90) días contados a partir de la fecha en que se surta el proceso de socialización y cuando se defina*

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.

VS

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

un caso financiero base del proyecto, todo lo cual deberá quedar reflejado mediante Otrosí al contrato". En este sentido prospera la pretensión cuadragésima sexta de la Demanda Principal Reformada.

Trigésimo tercero: Declarar que, a la fecha de presentación de esta demanda, las Partes del Contrato de Concesión No. 004 de 2015, CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, dentro del marco del Otrosí No. 3, no han definido un caso financiero base del proyecto, sin causa o hecho imputable al Concesionario. En este sentido prospera la pretensión cuadragésima séptima de la Demanda Principal Reformada.

Trigésimo cuarto: Declarar que el 4 de noviembre de 2016, CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, suscribieron el Otrosí No. 5 al Contrato de Concesión No, 004 de 2015, y pactaron, entre otros acuerdos, lo siguiente:

“CLÁUSULA PRIMERA: Suspender de mutuo acuerdo por el término de treinta (30) días contados a partir de la suscripción del presente Otrosí, el cumplimiento de la obligación de consecución del cierre financiero del Contrato de Concesión No. 004 de 2015, plazo durante el cual se evaluará la viabilidad del contrato.

PARÁGRAFO PRIMERO: Que, como consecuencia de la suspensión de la obligación de acreditar el cierre financiero al ser esté, un requisito o condición precedente para el Inicio de la Fase de construcción, la misma se suspende, por el mismo término de treinta (30) días.

PARAGRAFO SEGUNDO: Que teniendo en consideración la suspensión prevista en el presente documento, el plan de adquisición predial y el plan de obras del proyecto se suspenderá por el mismo término.

PARAGRAFO TERCERO: Que con ocasión a la suspensión del cierre financiero el Concesionario deberá garantizar que se cubran los gastos señalados para la etapa Preoperativa y se cumplan a cabalidad con las obligaciones establecidas en el contrato de Concesión.

CLÁUSULA SEGUNDA: Modificar el literal a) del numera/ 4.5 de la Especial del contrato, con el objeto de manera específica de ampliar la fecha máxima del Aporte 2 que debe realizarse para el fondeo de la Subcuenta predios del Patrimonio Autónomo, aporte que quedará así:

4.5 Fondeo de Subcuentas del Patrimonio Autónomo

a. Subcuenta Predios.

<i>Aporte</i>	<i>Monto</i>	<i>Fecha Máxima del Aporte</i>
<i>Aporte 2</i>	<i>\$ 63.422.051.300</i>	<i>570 Días desde la Fecha de Inicio”</i>

En este sentido prospera la pretensión cuadragésima novena de la Demanda Principal Reformada.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

Trigésimo quinto: Declarar que el 21 de diciembre de 2016, CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI suscribieron el Otrosí No. 6 al Contrato de Concesión No. 004 de 2015, y pactaron, entre otros acuerdos, lo siguiente:

“CLÁUSULA PRIMERA: Suspender de mutuo acuerdo el cumplimiento de la obligación de la acreditación del cierre financiero prevista en el Contrato de Concesión No. 004 de 2015.

“PARAGRAFO PRIMERO: El término de suspensión corresponderá al lapso entre la suscripción del presente Otrosí y el pronunciamiento ejecutoriado que emita el tribunal de arbitramento, el acuerdo Conciliatorio ejecutoriado al que lleguen las Partes con ocasión al trámite Arbitral, o el término de un (1) año, lo primero que ocurra.

“PARAGRAFO SEGUNDO: Las Partes acuerdan suspender la obligación de fondeos de la subcuenta predios por el mismo lapso y condiciones previstas en la presenta Cláusula.

“CLÁUSULA SEGUNDA: En el evento de que transcurra el término de un (1) año, V no se hubiese llegado a acuerdo conciliatorio o proferido el correspondiente laudo arbitral, en ambos casos ejecutoriado; (sic) Las Partes, de común acuerdo suscribirán los documentos contractuales necesarios que determinen la continuidad del provecto.

“PARAGRAFO PRIMERO: Para la suscripción de los documentos contractuales que garanticen la continuidad del Proyecto, las Partes contarán con un término máximo de tres (3) meses, contados a partir de la ocurrencia de cualquiera de las alternativas descritas en el Parágrafo Primero de la Cláusula Primera del presente documento, término dentro del cual deberá realizarse la revisión de todos los componentes del Contrato. Únicamente en el evento que se presenten circunstancias que requieran ajustar el contrato, se procederá a realizarlo.

“PÁRAGRAFO SEGUNDO: Dentro del término señalado en la presente Cláusula para revisión de los componentes del Contrato, se deberán realizar las siguientes actividades:

“-Acreditar el Cierre Financiero ante la ANI.

“-Una vez la ANI manifieste su conformidad a los documentos de acreditación del Cierre Financiero, se procederá a la suscripción inmediata de la respectiva Acta de Inicio de la Fase de Construcción y por tanto todas y cada una de las obligaciones inherentes a la misma se activarán de manera automática.

“-Se deberán ajustar las Etapas del Contrato, por lo cual se ampliará el plazo previsto para la Fase de Preconstrucción y se reducirá y ajustará el previsto para fase de Construcción y/o para la Etapa de Operación y mantenimiento, ejercicio que bajo ninguna circunstancia podrá superar el término máximo señalado para el Contrato de Concesión No. 004 de 2015.

“-Deberá revisarse los efectos financieros generados con la suscripción del presente Otrosí y demás modificaciones contractuales, en el evento que los mismos se presenten o se hayan presentado.”

En este sentido prospera la pretensión quincuagésima de la Demanda Principal Reformada.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

Trigésimo sexto: Declarar que el Otrosí No. 6 al Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015 está vigente y los pactos contenidos en él obligan a CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. y a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI con fuerza vinculante. En este sentido prospera la pretensión quincuagésima primera de la Demanda Principal Reformada.

Trigésimo séptimo: Declarar que de conformidad con lo pactado en la Cláusula Segunda del Otrosí No. 6 al Contrato de Concesión No. 004 de 2015, en el evento de que transcurra un (1) año contado a partir de su suscripción, de no haber llegado las partes a un acuerdo conciliatorio o de no haberse proferido por el Tribunal de Arbitramento el Laudo que ponga fin al proceso, las *"Partes de común acuerdo suscribirán los documentos contractuales necesarios que determinen la continuidad del proyecto"*, pero dentro del término previsto en el parágrafo primero de la cláusula segunda. En este sentido prospera la pretensión quincuagésima segunda de la Demanda Principal Reformada.

Trigésimo octavo: Declarar que durante el término previsto en el parágrafo 1º de la Cláusula 2ª del Otrosí No. 6 la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI no podía unilateralmente ordenar la continuidad del Contrato de Concesión No. 004 de 2015 en los términos inicialmente pactados. En este sentido prospera la pretensión Quincuagésima Tercera de la Demanda Principal Reformada.

Trigésimo noveno: Declarar que de conformidad con el Otrosí No. 6 se requería del consenso y acuerdo del Concesionario para adoptar en el evento previsto en la cláusula segunda del Otrosí No. 6 y dentro del término previsto en dicho parágrafo, las medidas que determinaran la continuidad del Contrato de Concesión No. 004 de 2015. En este sentido prospera la pretensión quincuagésima cuarta de la Demanda Principal Reformada.

Cuadragésimo: Declarar que el 28 de julio de 2017, CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, suscribieron el documento denominado ACTA DE ENTENDIMIENTO, y pactaron, entre otros acuerdos, lo siguiente:

"PRIMERO.- SUSPENDER EL PERÍODO DE CURA DEL TERCER GIRO EQUITY. Las Partes acuerdan suspender el período de cura otorgado, mediante radicado No. 2017-306-020306-1 del 30 de junio de 2017, para que el CONCESIONARIO realice el tercer giro equity, saneando así su incumplimiento. "La suspensión del plazo de cura se extenderá hasta el día que las partes suscriban un otrosí que materialice un Acuerdo Conciliatorio. No obstante, en caso que no sea posible llegar a un Acuerdo Conciliatorio, el plazo de cura comenzará a contarse a partir del 22 de diciembre de 2017. De esta manera y en caso de no lograrse un Acuerdo Conciliatorio, el CONCESIONARIO deberá proceder a hacer el tercer giro Equity indexado al IPC del periodo, junto con los rendimientos financieros que se hubieran generado desde el 29 de mayo de 2017 hasta el día en que se efectúe el respectivo pago, liquidados diariamente conforme con la tasa nominal certificada por la Fiduciaria de Occidente, so pena de iniciar el proceso sancionatorio definido en el Contrato de Concesión No. 004

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

de 2015, sin otorgar un nuevo plazo de cura, dado que el período actual otorgado es el máximo permitido contractualmente.

“SEGUNDO.- El CONCESIONARIO dispondrá de los recursos necesarios para garantizar el cumplimiento de las demás obligaciones vigentes del Contrato de Concesión No. 004 de 2015, en concordancia con lo previsto en el Otrosí No. 6 del 21 de diciembre de 2016.”

En este sentido prospera la pretensión quincuagésima quinta de la Demanda Principal Reformada.

Cuadragésimo primero: Declarar que el documento denominado ACTA DE ENTENDIMIENTO, suscrito el 28 de julio de 2017 por CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, constituye un acuerdo válido entre las partes del Contrato de Concesión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993. En este sentido prospera la pretensión quincuagésima sexta de la Demanda Principal Reformada.

Cuadragésimo segundo: Declarar que el documento denominado ACTA DE ENTENDIMIENTO, suscrito el 28 de julio de 2017, está vigente y los pactos contenidos en él obligan a CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. y a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI con fuerza vinculante. En este sentido prospera la pretensión quincuagésima séptima de la Demanda Principal Reformada.

Cuadragésimo tercero: Declarar que, de conformidad con lo dispuesto en la Sección 4.4. de la Parte General del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, el inicio de la Etapa de Construcción está supeditado al cumplimiento de las siguientes condiciones precedentes:

“4.4. Condiciones Precedentes para el Inicio de la Fase de Construcción.

“Son condiciones precedentes, es decir, requisitos sobre los cuales se deberá haber verificado su cumplimiento para el inicio de la Fase de Construcción del Contrato:

“(a) Haber obtenido el Concesionario la no objeción de los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico de todas las Unidades Funcionales, de conformidad con lo previsto en la Sección 6.2 de esta Parte General.

“(b) Haber obtenido el Concesionario la no objeción de los Estudios de Detalle de las Intervenciones de las Unidades Funcionales cuya ejecución deba comenzar al inicio de la Fase de Construcción de acuerdo con el Plan de Obras, de conformidad con lo previsto en la Sección 6.2 de esta Parte General.

“(c) Haber suscrito el Concesionario el Contrato de Construcción con sujeción a lo previsto en el CAPÍTULO V de esta Parte General.

“(d) Haber efectuado el(los) Cierre(s) Financiero(s), según corresponda en los términos de la Sección 3.9 de esta Parte General, V efectuado los Giros de Equity previstos para ser desembolsados en la Fase de Preconstrucción.

“(e) Respecto de los Predios, el Concesionario deberá (i) haberlos adquirido; b (ii) demostrar que cuenta con la disponibilidad —entendida como la tenencia que le permita al Concesionario acceder físicamente al predio y realizar las

actividades que impliquen su destinación al Proyecto— sobre, al menos el cuarenta por ciento (40%) (ya sea por (i), por (ii) o por la suma de ambos) de la longitud efectiva de los Predios necesarios para la ejecución de las Intervenciones de la primera Unidad Funcional deban acometerse al inicio de la Fase de Construcción de acuerdo con el Plan de Obras. El porcentaje anterior podrá ser superior, si así se define entre el Concesionario y los Prestamistas.

“(f) Haber obtenido las Licencias y Permisos —incluida la Licencia Ambiental, de ser procedente- requeridos por la Autoridad Estatal y por la Autoridad Ambiental para el inicio de las Intervenciones de la primera Unidad Funcional a que se refiere la Sección 4.4 (e), que requieran conforme a la Ley Aplicable de Licencias y/o Permisos.

“(g) Respecto del cumplimiento del proceso de consulta previa a comunidades étnicas, en los casos en los que aplique para el inicio de las Intervenciones de las Unidades Funcionales que deben acometerse al inicio de la Fase de Construcción, haber logrado los acuerdos definitivos y protocolizados por parte del Ministerio del Interior.

(h) Haber cumplido con las obligaciones previstas en los Apéndices y Anexos del Contrato que deben ser cumplidas durante la Fase de Preconstrucción.

(i) Obtener y mantener en vigor las garantías de que trata el CAPÍTULO XII de esta Parte General.

(j) Fondear las subcuentas del Patrimonio Autónomo que así lo requieran, de conformidad con lo previsto en este Contrato.”

Por lo anterior prospera la pretensión quincuagésima octava de la Demanda Principal Reformada.

Cuadragésimo cuarto: Declarar que hasta tanto el Concesionario no haya obtenido el Cierre Financiero del Proyecto, en los términos y a los efectos previstos en la Sección 4.4 de la Parte General del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, no se podrá dar inicio a la Fase de Construcción del Proyecto. Por lo anterior prospera la pretensión quincuagésima novena de la Demanda Principal Reformada.

Cuadragésimo quinto: Declarar que la estructura de financiación (esquema financiero) prevista por el Concesionario es propia de proyectos de infraestructura bajo la modalidad de proyectos autofinanciables o “*project finance*”. Por lo anterior prospera la pretensión sexagésima tercera de la Demanda Principal Reformada.

Cuadragésimo sexto: Declarar que la ejecución del proyecto en las condiciones actuales implicaría que:

-El panorama para el Contrato de Concesión, en función de las proyecciones de ingresos bajo las condiciones actuales arroja una rentabilidad real para el proyecto negativa evidenciando que, bajo esta realidad, el proyecto destruye valor para los inversionistas y no es un proyecto viable para los financiadores.

-Repercute directamente sobre los accionistas del proyecto, toda vez que se estaría condicionando la necesidad de realizar aportes adicionales de Equity superiores a los

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

previstos en la estructuración ante la imposibilidad de lograr conseguir apalancamiento del sistema financiero.

-Se produzca un impacto significativo en la TIR y en el VPN, disminuyendo la TIR inversionista a una TIR negativa haciendo que este proyecto destruya valor.

-Se disminuya la rentabilidad del proyecto por debajo de la rentabilidad del inversionista estimada, a un nivel que resulta inviable para cualquier inversionista.

En este sentido prospera parcialmente la pretensión sexagésima cuarta de la Demanda Principal Reformada.

Cuadragésimo séptimo: Declarar que el Ministerio de Transporte expidió la Resolución No. 00331 del 15 de febrero de 2017 *“Por la cual se modifica parcialmente el artículo 3 de la Resolución 1130 de 2015 y se dictan otras disposiciones”* por exclusiva solicitud de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI. En este sentido prospera la Pretensión Sexagésima Novena de la Demanda Principal Reformada.

Cuadragésimo octavo: Negar las siguientes pretensiones de la Demanda Principal Reformada: décima quinta, décima sexta, décima séptima, vigésima, vigésima primera, vigésima cuarta, vigésima séptima, trigésima segunda, trigésima tercera, trigésima séptima, trigésima octava, cuadragésima segunda, cuadragésima cuarta, cuadragésima quinta, cuadragésima octava, sexagésima, sexagésima primera, sexagésima segunda, sexagésima quinta, sexagésima sexta, sexagésima séptima, sexagésima octava, septuagésima, septuagésima primera, septuagésima segunda, septuagésima tercera, septuagésima cuarta, septuagésima quinta, septuagésima sexta, septuagésima séptima, septuagésima octava, septuagésima novena, octogésima, octogésima primera, primera principal de condena, segunda principal de condena, primera subsidiaria, segunda subsidiaria y tercera subsidiaria, primera subsidiaria de condena y segunda subsidiaria de condena.

Cuadragésimo noveno: Declarar que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI no ha incumplido las obligaciones a su cargo derivadas del Otrosí No. 3 y Otrosí No. 6, ni las relativas a la tarifa de los peajes. En este sentido prospera la Pretensión Primera de la Demanda de Reconvención Reformada.

Quincuagésimo: Declarar que CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. incurrió, en los términos expuestos en la parte motiva, en incumplimiento de la obligación de socialización del esquema tarifario de la Resolución 1130 de 2015 con relación a los Peajes Yucao y Casetabla pactada en la cláusula segunda del Otrosí No. 3 de fecha 2 de junio de 2016, particularmente, por su inasistencia a la reunión celebrada el 27 de julio de 2016, con la precisión de que dicho incumplimiento no fue relevante. En ese sentido prospera la pretensión tercera de la Demanda de Reconvención Reformada.

Quincuagésimo primero: Declarar que como consecuencia de la implementación del esquema tarifario de la Resolución 1130 de 2015, resultante de la concertación con autoridades locales realizada únicamente por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, no se configuraron los supuestos fácticos que ameriten modificar las premisas de ejecución del contrato, por lo que no se cumplió la condición para

el nacimiento de la obligación de definir un caso base. En este sentido prospera la pretensión cuarta de la Demanda de Reconvención Reformada.

Quincuagésimo segundo: Declarar que en cualquier caso las variaciones del esquema tarifario no configuran condición para la elaboración de un caso base al encontrarse previstas dentro del contrato, y al haberse asignado expresamente el riesgo tarifario. En este sentido prospera la pretensión quinta de la Demanda de Reconvención Reformada.

Quincuagésimo tercero: Declarar que el retraso en la iniciación de la etapa de construcción es imputable a CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. como consecuencia de una deficiente planeación con relación a la viabilidad financiera del proyecto, teniendo en cuenta que el riesgo financiero se trata de un riesgo legal y contractualmente asignado al concesionario. En este sentido prospera la pretensión octava de la Demanda de Reconvención Reformada.

Quincuagésimo cuarto: Declarar que CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. incumplió la obligación de Obtención de Cierre Financiero en los términos de la cláusula 3.9 de la Parte General del Contrato de Concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015LK, por las razones expuestas en las respectivas secciones de este Laudo. En este sentido prospera la pretensión novena de la Demanda de Reconvención Reformada.

Quincuagésimo quinto: Declarar que CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. incumplió la obligación del tercer giro de Equity en los términos de la cláusula 3.10 de la Parte general del Contrato de Concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015. En este sentido prospera la pretensión décima de la Demanda de Reconvención Reformada.

Quincuagésimo sexto: Declarar que el estudio del documento de factibilidad presentado por el originador, la declaratoria de prefactibilidad, la declaratoria de factibilidad, la adjudicación del Contrato de Concesión 004 de 2015 y cualquier acto precontractual proferido por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, de ninguna manera constituyen la asunción de riesgos distintos a los expresamente asignados por el ordenamiento jurídico al Estado en los contratos de Cuarta Generación, o pactados en documentos contractuales. En este sentido prospera la pretensión undécima de la Demanda de Reconvención Reformada.

Quincuagésimo séptimo: Declarar que, al haber estructurado el proyecto, CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. asumió el deber de planeación, la carga de diligencia, la previsión de riesgos, así como los demás deberes, cargas y obligaciones que como originador de un proyecto de cuarta generación le corresponden. En este sentido prospera la pretensión décima segunda de la Demanda de Reconvención Reformada.

Quincuagésimo octavo: Declarar que cualquier circunstancia que haya tenido incidencia alguna en la ejecución del Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015 corresponde, particularmente frente a la obtención del cierre financiero, a un riesgo asumido por el originador y asignado por el ordenamiento jurídico a CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. En este sentido prospera la pretensión décima cuarta A subsidiaria particular de la Demanda de Reconvención Reformada.

Quincuagésimo noveno: Como consecuencia de lo anterior, declarar que cualquier circunstancia que haya tenido incidencia alguna en la ejecución del Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015, particularmente frente a la obligación de obtención de cierre financiero, corresponde a la concreción un riesgo razonablemente previsible y resistible para el originador, hoy CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. En este sentido prospera la pretensión décima cuarta subsidiaria particular consecencial de la Demanda de Reconvención Reformada.

Sexagésimo: Declarar que no procede la revisión, ni mucho menos la terminación del Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2005 al no haberse configurado la teoría de la imprevisión. En este sentido prospera la pretensión décima sexta de la Demanda de Reconvención Reformada.

Sexagésimo primero: Declarar que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI no se encuentra obligada a asumir ninguno de los riesgos legal y contractualmente asignados al contratista, particularmente los riesgos de tráfico y los riesgos financieros del proyecto. En este sentido prospera la pretensión décima séptima de la Demanda de Reconvención Reformada.

Sexagésimo segundo: Declarar que el Contrato de Concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015 no contempla la obligación de garantía de ingreso mínimo por parte de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, o un valor estimado que genere prestación alguna en favor de CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. En este sentido prospera la pretensión décima octava de la Demanda de Reconvención Reformada.

Sexagésimo tercero: Declarar que el Contrato de Concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015 se encuentra en etapa la etapa de ejecución denominada pre construcción. En este sentido prospera la pretensión décima novena de la Demanda de Reconvención Reformada.

Sexagésimo cuarto: Condenase a CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. al pago correspondiente al tercer giro de Equity en los términos de la cláusula 3.9 de la Parte general del Contrato de Concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015LK, atendiendo lo pactado en el Acta de Entendimiento celebrada el 28 de julio de 2017. En este sentido prospera la pretensión tercera de condena de la Demanda de Reconvención Reformada.

Sexagésimo quinto: Negar las siguientes pretensiones de la Demanda de Reconvención Reformada: segunda, sexta, séptima, primera consecencial a la novena principal, primera consecencial a la décima principal, décima tercera, décima cuarta, décima quinta, vigésima, vigésima primera, vigésima segunda, primera subsidiaria, segunda subsidiaria, tercera subsidiaria, cuarta subsidiaria, quinta subsidiaria y sus consecuenciales, primera de condena, segunda de condena, cuarta de condena, subsidiaria a la cuarta de condena, quinta de condena y sexta de condena.

Sexagésimo sexto: Condénase a CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. a pagar a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI la suma de \$649.305.892, por

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

concepto de costas, que deberá cancelar dentro del término de cinco (5) días, por las razones expuestas en la parte motiva.

Sexagésimo séptimo: Declarar que no hay lugar aplicar a ninguna de las partes la sanción prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso, por lo expuesto en la parte motiva.

Sexagésimo octavo: Decretar el levantamiento de la medida cautelar adoptada mediante auto 37 del dos (2) de mayo de dos mil dieciocho (2018), consistente en que la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI deberá suspender el proceso sancionatorio iniciado por esa entidad contra Concesión Vial de Los Llanos S.A.S, por el *“Presunto incumplimiento de las obligaciones relacionadas con el giro del Equity, reguladas en i) Literal (a) de la Sección 3.10 de la Parte General del Contrato de Concesión y ii) Sección 4.4 de la Parte Especial del Contrato de Concesión No. 004 de 2015”*, según citación del 9 de marzo de 2018.

Sexagésimo noveno: Declarar causado el cincuenta por ciento (50%) restante de los honorarios establecidos y el IVA correspondiente de los árbitros y la secretaria por lo que se ordena realizar el pago del saldo en poder del Presidente del Tribunal, quien procederá a rendir cuentas de las sumas puestas a su disposición para los gastos de funcionamiento del Tribunal, y a devolver el remanente a la Parte Convocante y Convocada en proporciones iguales, quienes entregarán a los Árbitros y la Secretaria los certificados de las retenciones realizadas individualmente a nombre de cada uno de ellos, en relación con el 50% de sus honorarios.

Septuagésimo: Ordenar el pago de la contribución arbitral a cargo de los árbitros y la secretaria, para lo cual, el Presidente hará las deducciones y librará las comunicaciones respectivas.

Septuagésimo primero: Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas del presente laudo arbitral con destino a cada una de las partes, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público, con las constancias de ley.

Septuagésimo segundo: Ordenar el archivo del expediente en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, en la oportunidad procesal correspondiente.

Notifíquese,

JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA
Presidente

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

SAMUEL CHALELA ORTIZ
Arbitro

ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ
Arbitro

MÓNICA RUGELES MARTÍNEZ
Secretaria

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S.
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI

Contenido

I. ANTECEDENTES.....	1
1 Partes.....	1
1.1 Parte Convocante.....	1
1.2 Parte Convocada.....	1
2 Pacto Arbitral.....	2
3 Trámite Arbitral.....	4
4 Duración del Proceso y Término para Fallar.....	10
5 La Demanda Principal Reformada y las Excepciones Formuladas.....	11
5.1 La Demanda Principal Reformada.....	11
5.2 Las Excepciones Interpuestas por Agencia Nacional de Infraestructura – ANI respecto de las Pretensiones de la Demanda Principal Reformada.....	30
6 La Demanda de Reconvención Reformada y su Contestación.....	31
6.1 La Demanda de Reconvención Reformada.....	31
6.2 Contestación a la Demanda de Reconvención Reformada y Excepciones Interpuestas.....	42
II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.....	43
1 Presupuestos procesales.....	43
2 El contrato, su existencia, validez y régimen aplicable.....	44
2.1 Las pretensiones de la Demanda Principal Reformada.....	44
2.2 Posición de las partes.....	44
2.2.1 Posición de la Demandante.....	44
2.2.2 Posición de la Demandada.....	45
2.2.3 Posición de la ANDJE.....	45
2.2.4 Posición del Ministerio Público.....	45
2.3 Consideraciones del Tribunal.....	45
2.3.1 Aspectos Generales de las Asociaciones Público Privadas y los Contratos de Concesión de Cuarta Generación.....	45
2.3.2 Particularidades de las Asociaciones Público Privadas de Iniciativa Privada	50

2.3.3	El principio de planeación y el manejo de los riesgos en los contratos celebrados en desarrollo de esquemas de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada	57
2.3.4	Análisis del caso concreto.....	68
3	Los antecedentes del contrato y sus bases	70
3.1	Las pretensiones formuladas.....	70
3.2	Posiciones de las partes.....	72
3.2.1	Posición de la Demandante	72
3.3	Posición de la Demandada.....	73
3.4	Consideraciones del Tribunal	74
4	Las bases del contrato y la variación del tráfico.....	83
4.1	Las pretensiones de las partes.....	83
4.2	Posición de la Demandante	89
4.3	Posición de la Demandada.....	90
4.4	Posición de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.....	93
4.5	Concepto del Ministerio Público.....	94
4.6	Consideraciones del Tribunal	97
5	Las obligaciones de financiación y cierre financiero	137
5.1	Marco normativo del financiamiento de los contratos de concesión y proyectos de asociación público privada de iniciativa privada.....	137
5.2	Las obligaciones de financiación en el Contrato - Parte Especial y Parte General.....	143
5.2.1	Riesgo de financiación en la estructuración y ejecución del Proyecto	145
5.2.2	Propuesta de distribución de riesgos	149
6	Obligaciones de financiamiento: marco contractual, modificaciones y ejecución	153
6.1	Las pretensiones de las partes.....	153
6.2	Las posiciones de las partes y los intervinientes	158
6.2.1	Posición de la Demandante	158
6.2.2	Posición de la Demandada	159
6.2.3	Posición de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado ...	160

6.2.4	Concepto del Ministerio Público	160
6.3	Consideraciones del Tribunal	161
6.3.1	Las obligaciones de financiación en el Contrato - Parte Especial y Parte General.....	161
6.3.2	Obligaciones de financiamiento del proyecto en el Contrato de Concesión No. 004 de 2015.....	164
6.3.3	Modificaciones introducidas por los Otrosíes Nos. 3, 5, 6 y el Acta de Entendimiento	177
6.3.4	Lo probado respecto a la imposibilidad de acudir a la Banca	190
6.3.5	Operatividad en el cumplimiento de las obligaciones de financiamiento: Patrimonio Autónomo, estructura financiera y autonomía en la ejecución de las obligaciones de aporte equity y recursos de deuda.....	203
6.3.6	Autonomía en el cumplimiento de las Obligaciones de Equity y Cierre Financiero	206
6.3.7	Incumplimiento de la obligación de Giros de Equity.....	208
6.3.8	Costo financiero pretendido por la ANI por el incumplimiento de las obligaciones de financiamiento	210
7	Modificaciones tarifarias	215
7.1	Las pretensiones de la Demanda Principal Reformada y de la Demanda de Reconvención Reformada	215
7.2	La posición de la Demandante	216
7.3	La posición de la Demandada	218
7.4	Concepto del Ministerio Público.....	219
7.5	Consideraciones del Tribunal	220
8	Los acuerdos celebrados, las facultades de la ANI a la luz de los mismos y el incumplimiento o cumplimiento por la ANI	236
8.1	Las pretensiones presentadas por las partes	236
8.2	La posición de las partes	238
8.2.1	Posición de la Demandante	238
8.2.2	Posición de la Demandada	238
8.2.3	Concepto del Ministerio Público	239
8.3	Consideraciones del Tribunal	239

9	Imprevisión	245
9.1	Pretensiones.....	245
9.2	Posición de las partes y los intervinientes	249
9.2.1	Posición de la parte Convocante.....	249
9.2.2	Posición de la ANI.....	250
9.2.3	Posición del Ministerio Público.....	251
9.2.4	Posición de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado ...	252
9.3	Consideraciones del Tribunal	252
9.3.1	La ruptura del equilibrio económico del contrato.....	252
9.3.2	La teoría de la imprevisión en los contratos estatales: noción, requisitos y efectos	257
9.3.3	Análisis del caso concreto.....	264
10	Imposibilidad de cumplimiento, alternativas frente al caso concreto	280
10.1	Pretensiones relacionadas con el tema.....	280
10.2	Posición de las partes	281
10.2.1	Posición del Concesionario.....	281
10.2.2	Posición de la ANI.....	282
10.2.3	Posición de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado ...	283
10.2.4	Posición del Ministerio Público.....	284
10.3	Consideraciones del Tribunal.....	284
10.3.1	La imposibilidad de cumplimiento y la excesiva onerosidad	284
10.3.2	La imposibilidad de obtener el Cierre Financiero	288
10.3.3	La indemnización de perjuicios solicitada por la ANI	292
10.3.4	El principio de conservación del contrato y la primacía del interés general	294
11	Juramento Estimatorio.....	296
12	Costas.....	298
III.	PARTE RESOLUTIVA.....	299